Die Entscheidung über die Kosten bei erledigter Hauptsache.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Kurt Domnick

Gerichtsreferendar aus Nickelshagen.

Approbiert am 22. Februar 1937.

Würzburg 1937

Buchdruckerei Richard Mayr

Referent:

Univ.-Professor Dr. Friedrich Lent.

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit
gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

I. Lehrbücher, Kommentare, Monographien.

Aretz: Die Kostenentscheidung bei Erledigung der Hauptsache. Diss. Köln 1931.
Baerwald Hans: Die Erledigung des Rechtsstreits. Diss. Rostock 1931.
Baumbach: Zivilprozeßordnung 11. Aufl. 1936. München/Berlin.
Ederheimer: Über die Verpflichtung zur Tragung der Kosten bei Erledigung der Hauptsache nach Zustellung der Klage. Z.Z.P. 31, 61 ff.
Förster-Kann: Die ivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl. 1912.
Gerson: Die Erledigung des Klaganspruchs während des Prozesses. Z.Z.P. 19, 262 ff.
Gmelin: Prozeßkostenpflicht bei Erledigung der Hauptsache. Recht 1907, 289 ff.
Große: Die Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil. Diss. Berlin 1907.
Gürten: Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ohne Urteil mit besonderer Berücksichtigung der Prozeßkosten-Erstattungspflicht. Diss. Würzburg 1914.
Hahn: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. II: Zivilprozeßordnung.
Hellwig: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1909.
Hörle: Die Kostenpflicht bei Erledigung der Hauptsache. Recht 1912. Sp. 471.
Jonas: Wer trägt die Prozeßkosten bei Gesetzesänderungen? J.W. 1921, 328.
Kilber: Die Erledigung der Hauptsache nach Klageinreichung. Diss. Frankfurt a. M. 1933.
Kisch: Klagverzicht und Erledigung der Hauptsache. Recht 1924. 1 ff.
Kleinfeller: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. 1925.
Lazarus: Die Erledigung der Hauptsache im Zivilprozesse. Gruch. Beitr. 52, 593 ff.
Mannherz: Die Entscheidung über die Kosten bei Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Gruch. Beitr. 49, 66 ff.
Marquardt: Urteilsmäßige Feststellung einer Erledigung der Hauptsache. Z.Z.P. 45, 461 ff.
Matzke: J.W. 1934, 1922 in Anmerkung zu O.L.G. Düsseldorf.
Mezger: J.W. 1933. 861 ff. In Anmerkung zum Kammergericht.
Pfizer: Zur Lehre von der Prozeßkostenpflicht. Gruch. Beitr. 30, 98 ff.
Pilz: Die Erledigterklärung im Prozesse. Ein Vorschlag zur Regelung ihres Wesens und ihrer Wirkungen. Diss. Leipzig 1931.
Riedinger: Kostenenascheidungen bei Anerkenntnis und Erledigung in der Hauptsache.
Rosenberg: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. 1931.
Salinger: Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Gruch. Beitr. 47, 81 ff.
Seuffert-Walsmann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 12. Aufl. 1932.
Skonietzki-Gelpcke: Kommentar zur Zivilprozeßordnung 1911.
Staub: 2 Kostenfragen. J.W. 1886, 209 ff.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Kommentar. 15. Aufl. 1934.
Strauß: Kostenerstattungspflicht nach Erledigung der Hauptsache. Diss. Heidelberg 1936.
Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung. Berlin u. Leipzig, 21. Aufl. 1935.

Vins u. Scholtz: Kostenentscheidung bei Anerkenntnis und insbesondere bei Erledigung der Hauptsache. J.W. 1933, 2198 ff.
Weiß: Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Diss. Jena 1931. (Teildruck S. 1—60).
Zabolitzky: Die Erledigung der Hauptsache. Diss. Gießen 1934.

II. Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

a) Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. (Gruch. Beitr.)
Juristische Wochenschrift. (J.W.).
Das Recht. (Recht).
Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß. (Z.Z.P.).
b) Höchstrichterliche Rechtsprechung. (H.R.R.).
Seuff. Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte. (Seuff. Arch.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in ivilsachen. (R.G.).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. (O.L.G.).

Einleitung.

Rechtsprechung und Rechtslehre haben aus Gründen der Billigkeit das Prozeßinstitut der „erledigten Hauptsache" oder richtiger der „Erledigung des Rechtsstreites ohne Urteil über die Hauptsache"[1]) in Anknüpfung an die Regelung der Erledigung der Hauptsache in § 628 Z.P.O. herausgebildet. Zweck der Anerkennung dieses besonderen Prozeßinstitutes soll es sein, den Kläger vor nachteiligen Kostenfolgen zu schützen, falls seine Klage nach Klageerhebung durch eine Veränderung der Sach- oder Rechtslage nicht durchführbar ist und der Kläger sie entweder kostenpflichtig zurücknehmen (§ 271 Z.P.O.) oder aber als unbegründet oder unzulässig abweisen lassen müßte.

Da aber die Meinungen über die rechtliche Begründung der Kostenentscheidung bei erledigter Hauptsache von Anfang an nicht einheitlich waren und es auch heute noch nicht sind, mußte sich das in der Praxis auswirken. Zahllose unerfreuliche und einander widersprechende Kostenurteile stellten und behandeln den Kläger so, als gebe es die Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil über die Hauptsache überhaupt nicht.

Sinn und Aufgabe dieser Arbeit mag es daher sein, einen mit dem Gesetz zu vereinbarenden Weg zur Regelung der Kostenfolge bei erledigter Hauptsache zu finden. Zum Verständnis ist allerdings vorher ein kurzes Eingehen auf die Voraussetzungen und das Wesen der Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil über die Hauptsache notwendig. Hierbei werden die Begriffe „Erledigung" und „Hauptsache" als bekannt vorausgesetzt; es genügt, in dieser Hinsicht auf die Ausführungen von Große[2]), Baerwald[3]) und Weiß[4]) zu verweisen.

1) Baerwald S. 5.
2) S. 11 ff.
3) S. 1 ff.
4) 1 ff.

A.

Die Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil über die Hauptsache.

§ 2.

Der Grundgedanke des § 628 Z.P.O., — Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache durch Tod eines Ehegatten —, ist ausdehnungsfähig und auf Fälle, in denen der Klaganspruch nach Klagerhebung infolge von außerprozessualen Ereignissen nicht mehr durchführbar erscheint, anwendbar.

Nach § 628 Z.P.O., der in §§ 640/I, 641/I Z.P.O. für Statusprozesse für entsprechend anwendbar erklärt wird, ist der Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen, wenn einer der Ehegatten vor Rechtskraft des Urteils stirbt; der Rechtsstreit bleibt nur noch wegen der Kosten anhängig[5]).

Allgemein[6]) wird der Grundsatz in § 628 Z.P.O., daß bei Wegfall einer Partei in Ehesachen eine Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr zu ergehen brauche, also die Hauptsache ohne Urteil erledigt sei, für ausdehnungsfähig gehalten. Allerdings will Große[7]) § 628 nur dann analog anwenden, wenn es mangels einer materiellen Rechtsnachfolge an einem Prozeßsubjekt fehlt, insbesondere bei allen höchstpersönlichen unvererblichen Rechten. Es erledige sich der Rechtsstreit über einen Nießbrauch, ein Leibrentenbezugsrecht oder eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit durch den Tod des Berechtigten, der Streit über ein Persönlichkeitsrecht durch den Tod seines Gegners, der Streit über den Inhalt eines Werkvertrags durch den Tod des Verpflichteten, falls eine individualisierte Leistung Gegenstand des Vertrages sei usw. Dem Tod einer natürlichen Person stehe der ersatzlose Wegfall einer juristischen Person gleich. Auch Vereinigung der Parteirollen in einer Person infolge Universal- oder Singularsukzession oder Fusion ziehe das Erlöschen des Prozesses nach sich, da es einen Prozeß mit nur einer Partei nicht gebe.

Allein man kann mit Recht den natürlichen und selbstverständlichen[8]) Gedanken in § 628 auf alle Fälle ausdehnen, in denen außerprozessuale Ereignisse nach Klageerhebung auf die Hauptsache, d. h. den mit der Klage geltendgemachten Anspruch (vgl. z. B. §§ 39, 271 Z.P.O.), mag er z. Zt. der Klagerhebung bestehen oder nicht, dergestalt einwirken, daß der Prozeß in der Hauptsache gegenstandslos gemacht wird und deshalb eine Weiterverfolgung des Klaganspruchs nicht mehr erfolgreich durchführbar erscheint. Ob der geltend gemachte Anspruch nach Klagerhebung völlig untergeht, nur von seinem bisherigen Träger getrennt, durch eine sonstiges vom Willen der Parteien abhängiges oder zufälliges Ereignis vernichtet oder wesentlich beeinflußt wird, oder aus prozessualen Gründen die Verfolgung nicht mehr durkführbar ist, ist unerheblich[9]). Wir lehnen die

---

5) so R.G. 58, 417; O.L.G. Zweibrücken J.W. 1935, 2758,
6) Aretz S. 2; Kilber S. 6; Zabolitzky S. 17.
7) a. a. O. S. 1733, 34 ff. 43 ff.
8) Gürten S. 4.
9) so richtig Zabolitzky S. 17, 18; Kilber S. 26, 27.

herrschende Meinung[10]) ab, die insbesondere in vom Willen des Klägers abhängigen Ereignissen keine Erledigungsgründe sieht, ohne eine stichhaltige Begründung dafür zu geben; § 93 Z.P.O. rechtfertigt diese Einschränkung nicht, wie wir sehen werden.

Lazarus[11]) hat die Ereignisse, die eine Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil herbeiführen können, wie folgt zusammengestellt:

1. Erfüllung durch den Beklagten in Anerkennung des Klaganspruchs;
2. Erfüllung ohne Anerkennung des Anspruchs;
3. Erfüllung durch einen Dritten, z. B. Gesamtschuldner;
4. Erlöschen des Klaganspruchs durch für den Kläger zufällige Ereignisse
   a) durch Verhalten des Beklagten,
   b) durch ein von keiner Partei verursachtes Ereignis;
5. Erlöschen des Klaganspruchs durch freiwillige Handlungen des Klägers, die aber kein Verschulden darstellen;
6. Erlöschen des Klaganspruchs durch ein Verschulden des Klägers.

Rosenberg[12]) unterscheidet:

Wegfall einer bisher gegebenen oder Eintritt einer bisher fehlenden
1. Prozeßvoraussetzung oder eines Prozeßhindernisses,
2. einer klagebegründenden Einrede- oder Replik-Tatsache, schließlich
3. Änderung einer auf den schwebenden Rechtsstreit zur Anwendung kommenden Rechtsnorm.

Ob also ein im Lauf des Prozesses eingetretenes Ereignis einen Erledigungsgrund darstellt, ist eine Frage des materiellen oder des Prozeßrechts. Stets aber ist erforderlich, daß der Eintritt des Ereignisses zu einer anderen Entscheidung des Rechtsstreits in der Hauptsache führen muß, als es sonst der Fall gewesen wäre, mag der Erledigungsgrund auch nur darin bestehen, daß z. B. einem an sich begründeten Klageanspruch nicht stattgegeben werden darf, weil eine sachliche Prüfung und Entscheidung unzulässig geworden ist.

§ 3.

Die Erledigungserklärung als selbständige prozessuale Erklärung eigner Art führt den Erledigungsgrund in das Verfahren ein; sie ist analog § 268/3 Z.P.O. zu behandeln.

Die analoge Anwendung des § 628 Z.P.O. unterliegt jedoch in anderer Hinsicht einer Beschränkung. Es geht nicht an, daß außerprozessuale Ereignisse den Rechtsstreit in der Hauptsache ipso jure ohne Urteil erledigen, wie es z. B. beim Tode des Ehegatten nach § 628 der Fall ist; insofern stellt § 628 eine singuläre Vorschrift dar, die nur für besondere Verfahren wie Ehe- und Statusprozesse nach §§ 640/I, 641/I Z.P.O. Anwendung finden kann. In allen anderen Fällen ist grundsätzlich davon auszugehen, daß der Rechtsstreit von einer nach Klagerhebung eingetretenen Erledigung des Klaganspruchs völlig unberührt bleibt, selbst wenn der materielle Anspruch zu bestehen auf-

---

9) Weiß S. 25; Strauß S. 3; Pilz S. 8; R.G. J.W: 1911 769; vgl: auch die bei Pilz S. 6—8 Genannten und Baumbach 2 B zu § 91.

11) a. a. O. § 6.

12) § 132 I 21.

hört[13]). Zum Abbruch des Prozesses über die Hauptsache ist vielmehr die Einführung des Erledigungsgrundes in das Streitverfahren durch die sog. Erledigungserklärung notwendig, wie allerseits anerkannt[14]).

Geteilt sind die Ansichten darüber, ob der Beklagte von sich aus wirksam eine Erledigungserklärung abgeben kann[15]). Wenn es auch denkbar und in der Praxis durchaus möglich ist, daß durch ein nach Klagerhebung eingetretenes Ereignis nicht nur der Antrag des Klägers unzulässig oder unbegründet wird, sondern z. B. auch der bisher begründete Klagabweisungsantrag des Beklagten, so braucht man deshalb nicht dem Beklagten ein selbständiges Recht auf Abgabe der Erledigungserklärung zuzugestehen. Auch die, die dem Beklagten ein solches Recht grundsätzlich zubilligen, gestatten ihm die Abgabe der Erledigungserklärung nur dann, wenn dem Interesse des Klägers Genüge getan ist und dieser der Erledigungserklärung nicht widerspricht oder seinen Klageantrag fallen läßt. Wenn aber zur Wirksamkeit der Erledigungserklärung des Beklagten stets die Einwilligung des Klägers notwendig ist, so entbehrt sie jeder Selbständigkeit. Sie ist somit unbeachtlich, wenn der Kläger seinen Klagantrag aufrecht erhält oder die Erledigungstatsache bestreitet. Manche[15]) wollen darum bei Zustimmungsverweigerung des Klägers in der Erledigungserklärung des Beklagten ein Anerkenntnis nach § 307 Z.P.O. sehen. Ähnlichen Gründen entspringt wohl auch die Ansicht Zabolitzky's[16]), die Erledigungserklärung müsse als eine prozessuale Erklärung eigener Art aufgefaßt werden, die die Anregung einer Partei gegenüber der anderen enthalte, die Hauptsache für erledigt zu erklären. Ausschlaggebend für die Verneinung dürfte jedoch sein, daß der Beklagte durch die Versagung des selbständigen Rechts auf Abgabe einer Erledigungserklärung gegen den Willen des Klägers keinen Rechtsnachteil erleidet. Es bleibt ihm z. B. unbenommen, durch Abweisungsantrag die unbegründete oder unzulässige Klage abweisen zu lassen, falls der Kläger sie nicht selbst für erledigt erklärt[17]). Dagegen steht es dem Beklagten jederzeit frei, nach Eintritt eines Erledigungsereignisses mittels der Erklärung, die Hauptsache sei erledigt, das Gericht möge über die Kosten entscheiden oder: der Kläger sei klaglos gestellt, es seien nur noch die Kosten streitig, oder: die Hauptsache werde für erledigt erklärt mit der Bitte um Kostenurteil usw., die Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil über die Hauptsache anzuregen, insbesondere den Kläger zur Zustimmung zu veranlassen. Eine solche Erledigungserklärung, die man auch lediglich als Zustimmung des Beklagten zu der Erledigungserklärung des Klägers, falls er sie abgibt, auffassen kann, ist dem Beklagten jederzeit gestattet.

Fraglich ist aber vor allem, ob diese Erledigungserklärung, — gleich wer sie abgegeben hat —, weil ausdrückliche Vorschriften in der Z.P.O. fehlen, überhaupt zulässig ist und sich nicht mit anderen zwingenden Vorschriften der Z.P.O. über prozessuale Willenserklärungen in Widerspruch setzt oder sogar dem Geist der Z.P.O. zuwiderläuft und schließlich, welche rechtliche Natur ihr beizulegen ist.

Die Erledigungserklärung wird oft als Klagrücknahme gem. § 271 Z.P.O., als pro-

---

13) RG. 58, 416; Jur. Rundschau 1926 Nr. 2288; Aretz S. 6; Kilber S. 5/6; Zabolitzky S. 12, Weiß S. 6 sowie die bei ihm in Anm. 21 Zitierten.

14) a. A. Große 13 ff., 17 ff. der unter analoger Anwendung d. § 628 bei ersatzlosem Hegfall einer Prozeßpartei die Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil ipso jure nimmt. Stein-Jonas V/2 zu § 684 befürworten Ausdehnung auf das Entmündigungsverfahren.

zessualer Verzicht nach § 306 Z.P.O. oder auch, wenn vom Beklagten abgegeben, als Anerkenntnis nach § 307[15]) aufgefaßt. So treten für Klagrücknahme u. a. Ederheimer[18]) und Mannherz[19]), für Klagverzicht Große[20]) und Kisch[21]) sowie das Reichsgericht in einigen Entscheidungen ein[22]). Man stützt sich vor allem darauf, daß die Z.P.O. eine Erledigung der Hauptsache nur in Ausnahmefällen (die §§ 628, 640/I. 641/II) kenne, sodaß z. B. eine Erledigungserklärung des Klägers als Klagrücknahme, weil er damit erkläre, vom Prozeß abstehen zu wollen, oder als Klagverzicht, weil er hierdurch zugebe, daß der Klaganspruch nicht mehr begründet sei, aufgefaßt werden müsse. Meist wird aber der Erledigungserklärung prozessuale Selbständigkeit zugesprochen[23]), insbesondere mit dem Hinweis, daß sie sich zwingend auf dem Prinzip der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime der Z.P.O. ergebe[24]), wobei allerdings zur Rechtfertigung der Erledigungserklärung und zur Kennzeichnung und Festlegung ihres Wesens die direkte oder analoge Anwendung des § 268/2[25]) oder des § 268/3[26]), ja auch die Verwendung des § 264[27]) oder des § 256 Z.P.O.[28]) für notwendig oder zuläßig gehalten wird.

Unbestritten ist, daß sich die Erledigungserklärung gleichwie Klagverzicht, Klagzurücknahme oder Anerkenntnis als eine prozessuale Willenserklärung darstellt. Demnach muß der Wille der erledigt erklärenden Partei, meist des Klägers, der verfolgte Zweck, die Form und der Inhalt — stets gehört zur Erledigungserklärung der Antrag, über die Kosten zu entscheiden — sowie die Benennung der Erledigungstatsache, also das Motiv, aus dem heraus die Erledigungserklärung abgegeben wird, berücksichtigt werden. Das Gericht hat u. U. durch Befragung den Willen der Parteien zu ermitteln[29]).

Auf dieser Grundlage dürfte sich stets eine sichere Feststellung treffen lassen, ob tatsächlich eine Erledigungserklärung vorliegt oder ob mit der in die Form einer Erledigungserklärung gekleideten prozessualen Willenskundgebung eine Umgehung entgegenstehender Vorschriften, z. B. §§ 271, 306 Z.P.O., bezweckt wurde.

Hält man sich aber das eben Ausgeführte vor Augen, so ist es nicht möglich, in der Erledigungserklärung des Klägers eine Klagrücknahme oder einen Klagverzicht zu sehen.

---

15) Bejahend Rosenberg § 132/I/1 c und die bei ihm genannten Entscheidungen; Zabolitzky S. 19 ff.; verneinend Baerwald S. 20; Kilber S. 21, Lazarus S. 636 ff., 649; Kisch S. 5; Strauß S. 2.
16) S. 26.
17) so auch Kilber S. 22.
18) a. a. O. S. 61 ff.
19) a. a. O. S. 76 ff.
20) a. a. O. S. 71 ff.
21) a. a. O. S. 1 ff.
22) R.G. 65, 39; 100, 123 ff.
23) z. B. Rosenberg § 79/II/4; R.G. 57, 385; 58, 414; J.W. 20, 557.
24) z. B. Zabolitzky S. 27.
25) z. B. Salinger S. 86; Hörle S. 471.
26) h. L. z. B. Stein-Jonas III zu § 91; Seuff-Walsmann 4 zu § 91; O.L.G. J.W. 1911, 591 u. a. Entsch.; Kilber S. 19.
27) Aretz S. 11.
28) Marquardt S. 461 ff.
29) so auch R.G. J.W. 35, 2632.

„Klagrücknahme ist Widerruf des in der Klagerhebung liegenden Gesuchs um Rechtsschutz"[30]). Der Kläger wünscht mit dieser Erklärung ohne Angabe eines Grundes die Beseitigung des Rechtsstreites mit rückwirkendem Erlöschen der Rechtshängigkeit; das verpflichtet ihn allerdings, weil er nicht mehr streiten und daher vom Prozeß Abstand nehmen will, nach § 271/III die Kosten zu tragen.

In der Erledigungserklärung liegt aber nicht der Wille des Klägers, das von ihm erhobene Rechtsschutzgesuch solle mit der Wirkung aufgehoben werden, daß es als überhaupt nicht gestellt oder daß der Prozeß als überhaupt nicht anhängig geworden anzusehen sei, sondern die deutliche Absicht, über die Hauptsache wegen eines eingetretenen außerprozessualen Ereignisses nicht mehr weiter streiten zu wollen; wegen der Kosten allein solle es zum Urteil kommen. Insofern hält der Kläger also gerade sein Rechtsschutzgesuch aufrecht. Die Erledigungserklärung ist stets konkret gehalten, d. h. sie nimmt Bezug auf eine Änderung der Sach- und Rechtslage nach Rechtshängigkeit des Streitverfahrens, was der Klagrücknahme nicht eigen ist. Vor allem der Zweck der Erledigungserklärung, eine Entscheidung über die Kosten, allerdings nicht ein rein formelles Urteil nach § 271/III, sondern ein die materiellen Rechtsverhältnisse bis zum Eintritt des Erledigungsereignisses prüfendes und abwägendes Urteil, zu erreichen, dürfte dagegen sprechen, dem Kläger — entgegen seinem Willen und unter Außerachtlassung der von ihm vorgetragenen Gründe — einfach über § 271/III die Kosten aufzubürden und damit seine Erklärung als Klagrücknahme zu bewerten[31]).

Die Erledigungserklärung ist auch kein Klagverzicht nach § 306 Z.P.O. Zu diesem Ergebnis kommt man vom Standpunkt der herrschenden Lehre[32]), die dem Verzicht im Sinne des § 306 eine Doppelnatur — sowohl Wissens- als Willenserklärung mit prozessualen und materiellrechtlichen Wirkungen — beilegt, wie auch vom Boden der Auffassung[33]) aus, die im Klagverzicht nur eine rein prozessuale Willenserklärung --den Widerruf oder die Zurücknahme einer Rechtsbehauptung — sieht, deren Wirkungen sich auf den Rechtsstreit beschränkten.

Erblickt man im Klagverzicht gleichzeitig einen Verzicht auf einen materiellrechtlichen Anspruch und damit gleichzeitig dessen Vernichtung, so kann schon aus diesem Grunde in der Erledigungserklärung kein Klagverzicht gefunden werden. Denn der Kläger will gar nicht auf einen bis zu seiner Erklärung bestehenden Anspruch gleichzeitig verzichten, wenn er die Hauptsache für erledigt erklärt, sondern er stellt sich auf den Boden der Tatsache, daß infolge einer Veränderung der Sach- oder Rechtslage kein Anspruch mehr für ihn bestehe und daher auch keine günstige Entscheidung in der Hauptsache für ihn zu erwarten sei. Er will damit nicht gleichzeitig auf den seiner Meinung nach längst erloschenen Anspruch verzichten. Außerdem tritt in dem Antrag, über die Kosten durch Urteil entschieden wissen zu wollen, klar zutage, daß er seine Rechtsbehauptung, der erhobene Anspruch sei bis zum Eintritt des Erledigungsgrundes begründet gewesen, auch jetzt noch nicht aufgegeben hat, sondern vielmehr wenigstens wegen der Kosten sein Recht durchsetzen will.

---

30) Baumbach 1 zu § 271; ebenso Rosenberg § 133/I/1; Stein-Jonas I zu § 271.
31) ebenso O.L.G. Hamburg, J.W. 36, 2175.
32) z. B. Stein-Jonas I zu § 307; R.G. 139, 222.
33) Rosenberg § 137/I/; Baumbach 1 zu § 306.

Ist aber der Klagverzicht gleichzeitig kein Vernichtungsgrund des materiellen Rechts des Klägers, sondern stellt er sich lediglich als ein prozessualer Widerruf oder als Zurücknahme der Rechtsbehauptung des Klägers dar, so ist die Erledigungserklärung ebenfalls etwas völlig davon Verschiedenes, ein aliud. Der Kläger will keinesfalls mit der Erledigungserklärung seine bisherige Rechtsbehauptung zurücknehmen oder widerrufen; mit dem Antrag auf isolierte Kostenentscheidung behauptet er gerade, seine von ihm aufgestellte Rechtsbehauptung sei bis zu einem gewissen Zeitpunkt begründet und auch zulässig gewesen, jetzt aber nicht mehr durchsetzbar, weil durch ein außerprozessuales Ereignis das materielle Recht weggefallen oder aus prozessualen Gründen eine Prüfung der aufgestellten Rechtsbehauptung unzulässig geworden sei. Der Kläger will damit kein klagabweisendes Urteil nach § 306, daß ihn gleichzeitig ohne eingehende Prüfung der materiellrechtlichen oder der sonstigen Gründe prozessualer Art mit den Kosten belastet, sondern er will darüber eine auf Grund der insoweit weiter aufrechterhaltenen Rechtsbehauptung urteilsmäßige Entscheidung über die Kosten.

Die Erledigungserklärung stellt sich demnach in keinem Falle als Klagverzicht nach § 306 dar[34]): Entsprechendes gilt für die Erledigungserklärung des Beklagten im Verhältnis zum Anerkenntnis nach § 307 Z.P.O.

Die herrschende Lehre sieht daher mit Recht in der Erledigungserklärung eine zulässige prozessuale Erklärung eigener Art; fraglich ist nur noch, ob § 268/2 oder § 268/3 unmittelbar oder entsprechend angewendet werden soll oder ob § 264 oder § 256 oder letztlich überhaupt keine dieser Bestimmungen auf die Erledigungserklärung Anwendung zu finden hat.

Nach § 268/2 ist es als Änderung der Klage nicht anzusehen, wenn ohne Änderung des Klagegrundes der Klagantrag in der Hauptsache oder in bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beschränkt wird. Allein abgesehen davon, daß der Kläger im Falle der Erledigungserklärung den Klagantrag in der Hauptsache nicht nur beschränkt, sondern überhaupt fallen läßt, handelt es sich bei den Nebenforderungen im Sinne des § 268/2 um Ansprüche, die akzessorisch zusammen mit der Hauptsache bestanden haben. Die Prozeßkostenpflicht entsteht erst mit der Geltendmachung des Hauptanspruchs im Klagewege. Daher ist die Erklärung des Klägers, die Hauptsache sei erledigt, er erbitte lediglich ein Kostenurteil, nicht als Beschränkung auf Nebenforderungen im Sinne von § 268/2 (vgl. dazu §§ 4, 308 Z.P.O.) anzusehen. Eine unmittelbare oder entsprechende Anwendung des § 268/2 ist also nicht gerechtfertigt.

Aber auch § 268/3 kann direkt keine Anwendung auf die Erledigungserklärung finden; denn Voraussetzung wäre dazu, daß statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird. Mit der Erledigungserklärung ist jedoch kein anderer Gegenstand oder das Interesse verlangt; vielmehr wird zur Hauptsache überhaupt kein Antrag gestellt. Mit dem Antrag, über die Kosten zu entscheiden, kann der Kläger nicht an Stelle eines früheren Gegenstandes, der Hauptsache, jetzt den Kosten=

34) Kilber S. 16/17 kommt auf einem anderen Wege ebenfalls zur Ablehnung von Klagrücknahme und Klagverzicht.

anspruch setzen oder diesen als Interesse fordern; das ist schon deshalb nicht möglich, weil der Prozeßkostenanspruch unabhängig neben dem in der Klage geltend gemachten Hauptanspruch besteht und von dessen Schicksal unberührt bleibt; vor allem aber auch deshalb, weil Prozeßkostenanspruch und Hauptanspruch stets verschiedenen Rechtsursprung haben. Direkt ist also § 268/3 nicht anwendbar, wohl aber analog.

Grundgedanke und Zweck des § 268/3 ist es, den Kläger vor Unbilligkeiten zu schützen; er soll sich den nach Klagerhebung veränderten Verhältnissen, z. B. eingetretener Unmöglichkeit der Leistung, bis zu einem gewissen Grade anpassen dürfen und anstelle des ursprünglich verlangten Gegenstandes seine Klage auf das Surrogat oder Interesse, soweit das nach allgemeinem Recht möglich ist, richten und sie insoweit umändern können. Damit bleibt es dem Kläger erspart, eines Ersatzanspruches wegen aufs neue klagen oder zur Änderung der Klage die Einwilligung des Beklagten (§ 264) oder die Billigung des Gerichts einholen zu müssen. Auch bei der Erledigungserklärung handelt es sich darum, infolge einer Veränderung der Sach- oder Rechtslage Streitigkeiten über die Kosten durch eine Entscheidung im gleichen Verfahren aus der Welt zu schaffen und zwar durch ein Kostenurteil, das der Billigkeit und dem Gesetz entspricht, keine Partei benachteiligt und auch verfahrensrechtlich durchaus zweckmäßig ist[35]). Daher dürfte sich eine entsprechende Anwendung des in § 268/3 Z.P.O. niedergelegten Gedankens auf die Erledigungserklärung rechtfertigen und ein weiteres Eingehen darauf, ob § 264 oder § 256 Anwendung finden könne, überflüssig sein[36]).

§ 4.

Der Rechtsstreit ist nur dann ohne Urteil über die Hauptsache erledigt, wenn beide Parteien bei Vorliegen eines Erledigungsereignisses die Hauptsache für erledigt erklären.

Wir haben schon bei der Feststellung, daß der Beklagte niemals allein, d. h. ohne Zustimmung des Klägers, durch Abgabe der Erledigungserklärung, die Hauptsache sei erledigt, es möge über die Kosten entschieden werden, wirksam die Erledigungstatsache in den Prozeß einführen kann, erkannt, daß in diesem Fall unter den Parteien Einigkeit darüber herrschen muß, die Hauptsache sei erledigt und ein Urteil insofern, abgesehen von dem über die Kosten, nicht mehr notwendig. Es erscheint daher fraglich, ob diese Einigkeit der Parteien auch dann als unerläßliche Voraussetzung für die Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil über die Hauptsache gegeben sein muß, falls der Kläger die Erledigungserklärung abgibt und damit das Erledigungsereignis in den Prozeß einführt.

Vorausgeschickt sei, daß Kläger und Beklagter nicht unbedingt ausdrückliche Erledigungserklärungen abgeben müssen, die z. B. die Worte „Erledigung" oder „Hauptsache" usw., wohl aber den Kostenantrag, enthalten; es genügt vielmehr, wenn auf die Erledigungserklärung einer Partei die andere sich damit, sei es auch nur stillschwei-

35) h. M. z. B. Kilber S. 19; Weiß S. 31.
36) Auch hier mag auf die völlig abweichende Meinung Zabolitzkys S. 26 hingewiesen werden, der die Erledigungserklärung für eine nicht im Gesetz geregelte prozessuale Erklärung eigener Art hält, die den Vorschlag der sie abgebenden Partei an die andere in sich birgt, ihrerseits ebenfalls für erledigt zu erklären.

gend oder durch ein sonstiges Verhalten, einverstanden erklärt, was z. B. dann der Fall ist, wenn der Beklagte nicht ausdrücklich widerspricht[37]).

Zur Bejahung der gestellten Frage kommen wir auf Grund folgender Erwägung: während es in den gesetzlich geregelten Fällen der Erledigung der Hauptsache (§§ 628, 640/I, 641/I Z.P.O.) Aufgabe des Gerichts ist, beim Tode einer Partei die Hauptsache ohne Urteil als erledigt anzusehen — weil die Dispositionsmaxime in diesem Verfahren weitgehend ausgeschaltet ist — und nur noch über die Kosten zu entscheiden ist, besteht in den Fällen, in denen der Hauptanspruch durch Änderung der Sach- oder Rechtslage nach Klagerhebung nicht mehr aussichtsreich verfolgbar ist, keine Pflicht und kein Recht des Gerichts, z. B. wenn es einen Erledigungsgrund erfährt, den Prozeß in der Hauptsache als erledigt anzusehen. Vielmehr haben es die Parteien gemeinsam in der Hand, der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime entsprechend, vgl. z. B. § 271, wonach die Klagrücknahme nach Einlassung des Beklagten zur Hauptsache nur mit dessen Einwilligung möglich ist, Ausgang, Umfang Fortgang und Beendigung des Verfahrens zu bestimmen[38]). Sind sich die Parteien also über die Unnötigkeit eines Verfahrens, etwa nach Meinung des Klägers durch Änderung der Sach- oder Rechtslage nach Klagerhebung, nicht einig, sondern streiten darüber und stellen entgegengesetzte Anträge, dann muß das Gericht als dazu berufen, durch Urteil entscheiden.

Wir erkennen also:

1. Es ist trotz Eintritts eines Erledigungsgrundes ohne übereinstimmende Abgabe von Erledigungserklärung bezw. zustimmendes Verhalten der Parteien keine Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil über die Hauptsache möglich[39]).

2. Es muß eine Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil über die Hauptsache eintreten, wenn beide Parteien, Kläger wie Beklagter, Erledigungserklärungen abgeben oder sich zustimmend verhalten; das Gericht ist dann in keinem Falle befugt, eine Entscheidung zur Hauptsache zu erlassen[40]).

3. Nie kann eine Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil über die Hauptsache bei nur einseitiger Erledigungserklärung der interessierten Partei bei widersprechenden Verhalten der anderen Partei eintreten[41]); stets muß dann ein Urteil ergehen, sei es mit der Feststellung der „Erledigung der Hauptsache" (Entscheidung zur Hauptsache) oder mit einer Sachentscheidung in der Hauptsache[42]).

Für uns kommen allein die Fälle zu 2. in Betracht, da in den Fällen zu 1. und 3. die Kostenentscheidung nicht zweifelhaft sein kann; sie ergibt sich aus den all-

---

37) Rosenberg § 132/I/2.
38) vgl. Stein-Jonas II/2 und III vor § 128; Seuff.-Walzmann II vor § 128.
39) vgl. dazu Kilber S. 21.
40) Stein-Jonas III zu § 91; Seuff-Walsmann 4 zu § 91; Rosenberg § 132/I/2.
41) a. A. Gürten S. 27/28.
42) so richtig Zabolitzky S. 39, 40 und die allg. Meinung.

gemeinen Kostenbestimmungen in § 91 ff. Z.P.O.; nur in den Fällen zu 2. ist die Kostenentscheidung äußerst umstritten und widerspruchsvoll.

Liegt der Fall so, daß, wie Zabolitzky S. 28 formuliert, „die beiderseitige Erledigungserklärung das Urteil zur Hauptsache ersetzt", dann stehen die 3 Voraussetzungen für die Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil über die Hauptsache fest.

Es sind das:

1. das Vorliegen eines Erledigungsgrundes;
2. die Einführung des Erledigungsgrundes in den Prozeß durch Erledigungserklärung einer der Parteien;
3. in jedem Falle Einverständnis der Parteien
   a) über die Erledigung der Hauptsache ohne Urteil,
   b) über die Notwendigkeit eines isolierten Kostenurteils.

Wir können daher jetzt zum wesentlichen Teil unserer Arbeit, „der Entscheidung über die Kosten bei erledigter Hauptsache", übergehen.

B.

Die Kostenentscheidung bei erledigter Hauptsa e

§ 5.

Kurze Darstellung der 3 Theorien über die Kostenentscheidung.

Für den Fall der Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil über die Hauptsache hat die Z.P.O., das gilt auch für die Fälle der §§ 628, 640/I, 641/II, keine ausdrückliche Regelung über die Kostenfolge getroffen, wie es z. B. für die Klagrücknahme im § 271/III Z.P.O. geschehen ist. Die allgemeinen Vorschriften über die Kostenlast müssen daher für die Entscheidung über die Kosten bei erledigter Hauptsache herangezogen werden. Über diesen Ausgangspunkt ist man sich einig.

Der Streit beginnt bei der Frage, ob § 91: „die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen", oder § 93: „hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklaget sofort anerkennt", den allgemeinen Grundsatz der Kostenbestimmungen der Z.P.O enthält[1]).

Ist man sich über die grundsätzliche Anwendung einer der Bestimmungen einig, so ergeben sich dadurch weitere Widersprüche, daß man den Grundgedanken verschieden auffaßt[1]).

Alle diese Ansichten die § 91 oder § 93 unmittelbar oder entsprechend, ja sogar im Umkehrschluß anwenden oder einem „allgemeinen Prinzip der §§ 91 ff. folgen, lassen sich im wesentlichen in 3 Gruppen oder Theorien[2]) zusammenfassen, wenn sich die Begründungen im einzelnen auch nicht decken:

1. Die sogenannte Erfolgstheorie stellt auf den tatsächlichen Erfolg im Prozesse ab und trifft danach die Kostenentscheidung;

2. die sogenannte Unrechtstheorie oder Theorie des hypothetischen Unterliegens legt der Kostenentscheidung eine hypothetische Beurteilung der Rechtslage vor Eintritt der Erledigungstatsache zu Grunde und fragt, wer unterlegen wäre, wenn das Erledigungsereignis nicht eingetreten wäre;

3. Die sogenannte Veranlassungstheorie trifft die Kostenentscheidung nach der objektiv rechtswidrigen Verursachung des Streites über die Hauptsache.

Zum Verständnis stellen wir kurz die Gedankengänge dieser Theorien dar.

I.

Die Erfolgstheorie.

Mannherz[3]) ist ihr Hauptvertreter. Nach ihm stellt § 91 den allgemeinen Grundsatz für die Kostenentscheidung auf, wonach die im Rechtsstreit unterliegende Partei

---

1) vgl. die Zusammenstellung bei Strauß S. 5 ff.; Zabolitzky S. 42/43; Gürten S. 29 ff.

2) ebenso z. B. Aretz S. 13, der aber nur 2 Gruppen oder Theorien anerkennen will.

3) a. a. O. S. 6 ff.

die Kosten zu tragen habe. Im Prozeß unterliege aber nur der, der mit seinen Anträgen nicht durchdringe. Völlig unwesentlich für die Entscheidung über die Kosten müsse es sein, ob der Unterliegende auch tatsächlich im Unrecht gewesen sei. Lediglich der formelle Abschluß des Rechtsstreits durch Urteil ergebe die Kostenpflicht, ohne Rücksicht auf Verschulden oder Unrecht; das faktische Unterliegen im Prozeß müsse entscheidend sein.

Dieser Grundsatz findet nach Mannherz[4]) auch dann Anwendung, wenn der Rechtsstreit ohne Urteil über die Hauptsache erledigt ist.

Ausschlaggebend müsse dabei sein, ob der Kläger seinen Anspruch tatsächlich ohne Urteil durchgesetzt habe, was z. B. der Fall sei, wenn der Beklagte während des Prozesses erfülle; dann sei der Kläger derjenige, der im Prozeß obgesiegt habe, da er bekommen habe, was er wollte. Der Beklagte müsse als unterliegende Partei angesehen werden, weil er schon vor Urteilserlaß nachgegeben und sich damit freiwillig in die Rolle des Besiegten begeben habe. Mit der Erledigterklärung betone der Kläger das tatsächliche Unterliegen des Beklagten. Zur Entscheidung über die Kosten sei daher eine hypothetische Beurteilung der Hauptsache vor Eintritt des Erledigungsereignisses nicht erforderlich.

Wenn aber der verfolgte Anspruch des Klägers durch eine nach Klagerhebung eingetretene Änderung der Sach- oder Rechtslage, z. B. durch Verfügung oder zufälliges Ereignis, vernichtet oder sonst nicht mehr durchsetzbar sei und der Kläger jetzt die Erklärung abgebe, die Hauptsache sei erledigt, so gestehe er damit nur ein, seinen Anspruch nicht mehr aussichtsreich verfolgen zu können. In seiner Erklärung könne daher nur eine Zurücknahme der Klage nach § 271 Z.P.O. gesehen werden, die ihn ohne hypothetische Beurteilung der Lage kurz vor dem Erledigungsereignis zum Tragen der Kosten gemäß Abs. 3 verpflichte.

In ähnlicher Weise sieht Gmelin[5]) in § 91 den Grundsatz der nutzlos aufgewendeten Kosten beschlossen, weil die Kostenlast lediglich an die formelle Tatsache des Unterliegens geknüpft sei. Der Sieger gehe in Umkehrung des in § 91 niedergelegten Grundgedankens frei von Kosten aus; letzten Endes sei der schließliche Ausgang des Prozesses entscheidend.

Das Prinzip „der Unterliegende trägt die Kosten" müsse auch auf den Anwendung finden, der den Prozeß nicht bis zu dem von ihm angestrebten Ziele durchführen könne, ganz gleich welche Gründe hierfür maßgebend gewesen sein mögen. Erfülle der Beklagte während des Prozesses, so sei er als die tatsächlich unterliegende Partei zu erachten und müsse nach § 91 die Kosten tragen. Gehe aber der Anspruch des Klägers durch ein außerprozessuales Ereignis unter, so sei die Klage für die Folgezeit unbegründet geworden und damit erfolglos. In diesem Falle müsse man daher den Kläger als unterliegende Partei ansehen. Weil er unnütze Kosten verursacht habe, müsse er der ratio des § 91 entsprechend die Kosten des erfolglosen Rechtsstreits tragen[6]).

4) a. a. O. S. 76 ff.
5) a. a. O. S. 1289 ff., 1296.
6) so noch viele andere; vgl. z. B. die bei Strauß S. 9—12 bei abolitzky Anm. 53 Genannten.

Auch in der Rechtsprechung, insbesondere des Reichsgerichts, finden sich Entscheidungen, die die Erfolgstheorie befürworten und anwenden[7]).

Zusammenfassend ist zu sagen: In unmittelbarer Anwendung des vernünftig ausgelegten § 91 auf die Fälle der Erledigung der Hauptsache wird nach der Erfolgstheorie

a) der Beklagte als im Rechtsstreit unterliegend und als kostenpflichtig behandelt, wenn er den Kläger im Lauf des Prozesses befriedigt oder der mit der Klage bezweckte Erfolg durch einen anderen Umstand eintritt;

b) der Kläger als unterliegende Partei und damit kostenpflichtig erachtet, wenn er seine Klage aus anderen nach Klagerhebung eingetretenen Gründen nicht mehr erfolgreich zu Ende führen kann.

Es entscheidet somit der tatsächliche Erfolg, das faktische Unterliegen.

II.

Die Unrechtstheorie oder Theorie des hypothetischen Unterliegens.

Die Unrechtstheorie weicht in Begründung und Ergebnis völlig von der Erfolgstheorie ab.

Pfizer[8]) lehrt, die Kostenentscheidung könne sich bei erledigter Hauptsache nicht aus einer ausdrücklichen Vorschrift der Z.P.O. ergeben, da über die Hauptsache vom Richter nicht mehr entschieden werden könne und es daher auch kein Unterliegen in der Hauptsache mehr gebe. Man müsse aus diesem Grunde das den allgemeinen Kostenbestimmungen in § 91 ff. Z.P.O. innewohnende Grundprinzip herausfinden und danach über die Kosten entscheiden. Ein Vergleich des § 91 mit § 93 zeige, daß § 93 keine lex specialis zur lex generalis des § 91 sei, sondern wie § 91 auf dem prozessualen Hauptgrundsatz beruhe, daß der die Kosten zu tragen habe, der „mit Unrecht streite." Streite der Kläger also „mit Unrecht" — mit anderen Worten ohne materiell begründeten Anspruch — so müsse er die Kosten analog § 91 Z.P.O. tragen. Der Kläger könne aber auch mit Unrecht „streiten", — wenn der Anspruch des Klägers zwar materiell begründet, der Beklagte jedoch keine Veranlassung zur Klage gegeben habe —; dann sei der Kläger aus § 93 kostenpflichtig, weil er ja einen zur Durchsetzung eines, wenn auch begründeten Anspruchs, unnötigen Prozeß veranlaßt und geführt habe.

Die Entscheidung über die Kosten bei erledigter Hauptsache könne daher nur auf Grund einer hypothetischen Beurteilung der Hauptsache erfolgen, wobei die Kosten der Partei aufzuerlegen seien, die mit Unrecht gestritten habe. Den Beklagten werde regelmäßig dann die Kostenlast treffen, wenn die hypothetische Beurteilung ergebe, daß der Klageanspruch bis zum Eintritt des Erledigungsereignisses begründet gewesen sei[9]).

---

7) OG. JW. 1900, 507; 728; JW. 1901, 483 u. a.: K.G. OLG. Bd. 9, 60; OLG. Düsseldorf JW. 1922, 1407; insbesondere aber OLG. Breslau OLG. 19, 65; 20, 301; 27, 35.

8) a. a. O. S. 98 ff.

9) ebenso Salinger a. a. O. S. 81 ff., 83, der in § 91 den Grundsatz sieht, daß der die Kosten des Prozesses tragen müsse, der mit Unrecht streite. Es komme dabei

Das Reichsgericht hat sich dieser Pfizer'schen Lehre mit der Entscheidung im 57. Bande S. 385[10]) mit folgender Begründung angeschlossen: „als Grundgedanke der im § 91 Z.P.O. über die Kostenlast getroffenen Bestimmung erscheint, daß die Partei, die sich im Unrecht befindet, die Kosten zu tragen habe. Ist eine Entscheidung in der Hauptsache ergangen, so muß nach dem Grundsatz res judicata jus facit derjenige, zu dessen Ungunsten erkannt ist, in die Kosten verurteilt werden. Im anderen Falle kommt der gesetzgeberische Gedanke in der Gestalt zur Anwendung, daß materiell geprüft wird, wer zu der Zeit, als der Streit bestand, materiell im Unrecht war". Damit war der Unrechtstheorie in Rechtsprechung[11]) und Rechtslehre[12]) zur Geltung verholfen. Die Begründungen gehen jedoch auseinander. Es genügt auf die die Abweichungen hinzuweisen.

Während Pfizer[8]) mehr in grundsätzlicher Anwendung des seiner Meinung nach in §§ 91, 93 Z.P.O. niedergelegten Prinzips des unrechtmäßigen Streitens zur analogen Anwendung der §§ 91, 93 gelangt, betonen andere, z. B. Aretz S. 27, das Unterliegen durch ein auf den Augenblick kurz vor Eintritt des Erledigungsereignisses abgestelltes hypothetisches Urteil und wollen so § 91 in zweckentsprechender Auslegung unmittelbar anwenden. Noch anders Lazarus a. a. O. S. 604 ff., der in manchen Fällen § 91 unmittelbar, in anderen analog anwenden will, und Gürten S. 41, der ein faktisches Unterliegen durch hypothetisches Urteil feststellt und damit § 91 unmittelbar verwendet.

Auch insofern sind die Ansichten unter den Anhängern der Unrechtstheorie geteilt, als manche, z. B. Aretz S. 25 — Baerwald S. 35, die von der herrschenden Lehre[13]) gemachte Einschränkung, der Kläger dürfe das Erledigungsereignis nicht veranlaßt haben, als ungerechtfertigt ablehnen.

Die Mehrzahl der Vertreter der Unrechtstheorie[14]) begründet allerdings die Unrechtstheorie unter analoger Verwendung des § 93 durch Umkehrschluß. Stein-Jonas a. a. O. formulieren wie folgt: „Die (Erledigt)-Erklärung des Klägers aber enthält das Bekenntnis, seine früher begründete Klage sei unbegründet geworden, sie bildet das Gegenstück zu dem Anerkenntnis eines Beklagten, der den unbegründeten Anspruch bestritten hat, ihn aber sofort anerkennt, nachdem er begründet oder rechtsschutzfähig (fällig usw.) geworden ist. Wie nun dieser Beklagte nach § 93 von Kosten frei bleibt, so muß in entsprechender Anwendung von § 93 auch der Kläger in dem vorliegenden umgekehrten Falle von Kosten freibleiben, vorausgesetzt, daß er die Erledigung sofort anerkennt. Ausgenommen ist hierbei jedoch der Fall, daß die Erledigung des Rechtsstreits auf ein Verhalten des Klägers, also auf eine auf eigenen Entschluß beruhende Aufgabe seiner Rechtsposition, ähnlich dem Verzicht, zurückzuführen ist. Hier treffen die Kosten stets den Kläger."

---

nicht darauf an, ob eine Entscheidung in der Hauptsache ergehe, was allerdings als Regel gedacht sei.

10) und öfter z. B. 58, 416 ff.; 101, 164; J.W. 1920, 557.

11) z. B. O.L.G. Hamm J.W. 26, 1668; K.G. O.L.G: Bd: 20, 301; Hamburg O.L.G. Bd. 15, 131 u. a.

12) Statt vieler Rosenberg § 79/III/4; § 132/I c a; Strauß S. 6 ff., S. 14.

13) vgl. die bei Aretz S. 24 in Anmerkung 70 und 71 genannten.

14) Stein-Jonas III zu § 91; Baumbach 2 zu § 91; 1 zu § 93; Rosenberg § 79/III/4; Sydow-Busch 1 zu § 91; Zabolitzky S. 45.

Abgesehen von dieser unhaltbaren Begründung der Unrechtstheorie aus § 93 muß nach der Unrechtstheorie aus § 91 derjenige die Kosten tragen, der im Unrecht war und ohne Eintritt des Erledigungsereignisses unterlegen wäre.

III.
Die Veranlassungstheorie.

Sie wird besonders nachdrücklich von Kilber[15]) vertreten. Er geht wie Pfizer davon aus, daß den §§ 91 ff. ein gemeinsames Grundprinzip, das der Veranlassung, innewohne. In § 93 finde sich zweifellos ein Niederschlag dieser Gedanken; ebenso stehe es mit § 94 (Kostenpflicht des Klägers, der eine ihm abgetretene Forderung ohne Benachrichtigung des Beklagten vom Übergang einklagt). Gleiches gelte von § 95 (Versäumung einer Frist oder eines Termines, wozu u. U. Verschulden hinzukommt), von § 96 Z.P.O. (Kosten eines erfolglos gebliebenen Angriffs oder Verteidigungsmittels) und von § 97 (Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels). Allen diesen Bestimmungen sei gemeinsam, daß immer der die Kosten tragen müsse, der sie verursacht habe. Aber nicht jedes Verursachen sei Veranlassung, da auch der zu Unrecht prozessierende Kläger durch Klageeinreichung für die Entstehung der Prozeßkosten kausal gehandelt habe. Zur Erfassung und näheren Bestimmung des Begriffes der Veranlassung müsse man von den Beziehungen zwischen zwei Rechtssubjekten im Friedensstadium ausgehen. Bestehe ein Rechtsverhältnis zwischen beiden (positive Beziehungen), so werde eine friedliche Regelung ohne Prozeß erwartet; bestehe kein Rechtsverhältnis (negative Beziehungen), so werde erwartet, daß niemand Rechtsbeziehungen behaupte und deshalb Klage erhebe. Wer nun durch in seiner Person liegende Umstände Anlaß dazu gebe, daß wegen positiver oder negativer Beziehungen in das Prozeßstadium eingetreten werde, gebe auch Veranlassung für die Entstehung von Kosten. Die Kosten des Prozesses müsse daher der Kläger stets bei negativen, der Beklagte bei positiven Beziehungen tragen.

Auch § 91 stehe dieser Lehre nicht entgegen, da diese Vorschrift überhaupt nichts über den Rechtsgrund der Verpflichtung zum Tragen der Kosten sage. Rechtsgrund der Kostenpflicht sei nicht das Unterliegen, sondern die Veranlassung. Das Gesetz statuiere in § 91 lediglich den Modus wie der, welcher die Kosten veranlaßt habe, zu ermitteln sei. Nach dieser Bestimmung gelte als „Veranlasser" der Kosten derjenige, der in der Hauptsache durch Urteil unterlegen sei. Das rein formelle Moment des urteilsmäßig festgestellten Unterliegens in der Hauptsache zwinge den Richter, den Unterliegenden als „Veranlasser" dieser Kosten anzusehen.

Genau das Gleiche gelte von § 93. Auch er bestimme den Modus für die Feststellung des Kostenverpflichteten. Aus naheliegenden Gründen werde hier aber dem Richter gestattet, von dem formellen Moment des Unterliegens abzusehen und die materielle Rechtslage im Hinblick auf die Frage der Kostenveranlassung selbständig zu prüfen, falls der Beklagte den Anspruch sofort anerkenne. Nur insofern liege eine Ausnahme von § 91 Z.P.O. vor.

---

15) a. a. O. S. 37 ff.; vgl. auch Marquardt a. a. O. S. 471 ff: und O:L:G: Hamburg J.W. 35, 65.

Nach dieser Theorie der Veranlassung hat also, kurz gesagt, derjenige die Kosten veranlaßt und demnach zu tragen, der eine unbegründete Klage in Gang gebracht hat oder durch sein Verhalten bezw. durch seinen Zustand dem Gegner ein Recht auf Verurteilung hat erwachsen lassen[15a]).

§ 6.

Eigene Stellungnahme.

Lehre von der analogen Anwendung der allgemeinen Kostenbestimmungen (§§ 91 ff.) auf die Kostenentscheidung bei erledigter Hauptsache oder Theorie der Vielspurigkeit.

Wir haben in Kürze die 3 wichtigsten Meinungen zur Frage der Kostenentscheidung bei erledigter Hauptsache wiedergegeben. Es soll nicht unsere Aufgabe sein, diese Theorien eingehend und kritisch zu würdigen; nur dort, wo wir zur Begründung der eigenen Meinung mit ihnen in Berührung kommen, vor allem aber, wo wir den ihnen gemeinsamen Fehler aufzudecken haben, soll eine Auseinandersetzung erfolgen. Daran mag sich die Aufstellung einiger Leitsätze für die Praxis anschließen.

Ist ein Rechtsstreit durch Urteil beendet, so ergeben sich selten Zweifel bezüglich der Kostenfolge, weil die Z.P.O. darüber in §§ 91 ff. Bestimmung getroffen hat. Erledigt sich aber der Rechtsstreit ohne Urteil über die Hauptsache, dann stehen keine ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften für die Kostenentscheidung zur Verfügung. Mangels besonderer gesetzlicher Regelung für diesen Fall ist es daher selbstverständlich und folgerichtig, wie auch allgemein anerkannt[16]), auf die allgemeinen Kostenbestimmungen zurückzugehen.

Greifen wir aber auf die allgemeinen Vorschriften zurück, so ergeben sich zwangsläufig folgende Fragen:

1. Können die Kostenvorschriften (§§ 91 ff.) unmittelbar oder nur entsprechend angewendet werden?

2. Welche Bestimmung oder welche Bestimmungen müssen zur Anwendung herangezogen werden?

I.

Die unmittelbare Anwendung der allgemeinen Kostenvorschriften ist ausgeschlossen.

Allen entgegenstehenden Ansichten, ob aus dem Lager der Erfolgs- oder der Unrechtstheorie, gegenüber muß entschieden betont werden, daß eine unmittelbare Anwendung der §§ 91 ff., abgesehen von dem besonderen Falle in § 98, nicht in Frage kommen kann. Denn eine unmittelbare Verwendung einer Norm setzt voraus, daß im konkreten Falle Tatsachen und Umstände vorliegen, die allgemein und abstrakt im gesetzlichen Tatbestand geregelt sind.

15a) für viele s. Kilber S. 34.
16) vgl. Gürten S. 41.

Erste Bedingung für die Benutzung der §§ 91 ff. Z.P.O. ist aber die Beendigung des Rechtsstreits durch Urteil. Bei „erledigter Hauptsache" ist jedoch das wesentliche die Beendigung des Rechtsstreits ohne Urteil über die Hauptsache. Es ist daher mit den Denkgesetzen unvereinbar, eine Bestimmung, die nur bei Vorliegen einer unumgänglichen Voraussetzung, hier des Urteils, herangezogen werden kann, auf Fälle anzuwenden, denen jenes Merkmal, das Urteil, fehlt. Die Vertreter der Erfolgstheorie können nicht einwenden, der Beklagte unterliege tatsächlich, falls er z. B. nach Klagerhebung den Kläger befriedige und sich dadurch als Unterliegender bekenne. Denn Unterliegen im Sinne des § 91 Z.P.O. heißt durch Urteil unterliegen. Damit haben wir gleichzeitig die, insbesondere von Anhängern der Unrechtstheorie vertretene, vernünftige Gesetzesauslegung oder Interpretation[16]) als nicht verwertbar abgelehnt; denn es kann auch bei vernünftiger Gesetzesauslegung in § 91, der ein Unterliegen durch Urteil voraussetzt, das faktische Unterliegen, das bei erledigter Hauptsache gegeben sein und in einem allerdings nur hypothetischen, nicht verkündeten Urteil festgestellt werden soll[16]) als nicht mitgeregelt gefunden werden[17]).

Folglich kommt allein und ausschließlich die analoge — weil ähnliche Voraussetzungen vorliegen, die gleiche Rechtsfolgen rechtfertigen — Anwendung der §§ 91 ff. Z.P.O. für die Kostenentscheidung bei erledigter Hauptsache in Frage.

II.

Die entsprechende Anwendung der allgemeinen Kostenvorschriften ist allein haltbar.

Wir können uns jetzt der Frage zuwenden, welche Bestimmung oder welche Vorschriften aus der Reihe der §§ 91 ff. analog für die Kostenentscheidung herangezogen werden müssen.

Ob eine oder mehrere oder gar alle Kostenvorschriften in Betracht kommen, wird vor allem davon abhängig sein, welchem oder welchen §§ wir grundsätzliche Bedeutung für die Kostenfolge zusprechen können.

Ist das einheitliche Prinzip oder sind mehrere Hauptgrundsätze festgestellt, wird es unsere Aufgabe sein, die gefundenen Grundgedanken folgerichtig für die Kostenentscheidung bei erledigter Hauptsache zu verwerten.

II/1/a) Nach § 91 hat die unterliegende Partei die Kosten zu tragen oder, wie das Reichsgericht[18]) formuliert: „die Kosten trägt, wer Unrecht behält". Die Kostenfolge ist demnach objektive Folge des Unterliegens, ohne daß es auf ein Verschulden ankommt[19]). Der Erfolgsstandpunkt des Gesetzes läßt für Billigkeitserwägungen mit Recht keinen Raum, da die Entscheidung über das materielle Rechtsverhältnis und die Kostenentscheidung nicht divergieren dürfen.

Für die Ermittlung des Grundgedankens in § 91 ist wenig gewonnen, wenn man sagt, unterliegen sei gleichbedeutend mit „ohne Erfolg streiten" oder „mit Unrecht streiten". Damit sind nur neue Begriffe an Stelle eines vorhandenen ungeklärten Begriffes gesetzt, ohne über den Grundgedanken des § 91 Aufschluß zu geben[20]).

17) s. dazu ergänzend Gürten S. 29 ff., 37 ff.
18) R.G. 101, 165.
19) Stein-Jonas II vor § 91.
20) so auch Gürten S. 37, 38.

Mit Recht sieht das R.G.[21]) in § 91 das Prinzip, daß der die Kosten zu tragen habe, der sich im Unrecht befinde, wobei unter „Unrecht" formelles (z. B. Fehlen von Prozeßvoraussetzungen) wie materielles Unrecht zu verstehen ist. Denn abgesehen von den Fällen des freiwilligen Unterliegens, z. B. §§ 306, 307 Z.P.O. (vgl. Baumbach 3 vor § 91), enthält jedes Urteil eine Überprüfung des materiellen in der Krage vorgetragenen Rechtsverhältnisses sowie der prozessualen Voraussetzungen. Es unterliegt daher niemand wegen der Kosten, der nicht auch in dem dem Urteil zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis oder aus prozessualen Gründen Unrecht hat und infolgedessen im Verfahren unterliegen muß. Kilber[22]) kann nicht Zustimmung finden, wenn er behauptet, in § 91 statuiere das Gesetz nur den Modus wie der, welcher die Kosten veranlaßt habe, zu ermitteln sei. Er übersieht, daß der Begriff „unterliegende Partei" für die Kostenfolge an das erlassene Urteil und damit an das materielle wie prozessuale Unrecht anknüpft und nur unter Außerachtlassung dieser Zusammenhänge formal und abstrakt erscheint. In Wirklichkeit ist es das materiell-prozeßrechtliche Unrecht, wie es im Urteil zum Ausdruck kommt, welches als Grundgedanke des § 91 für die Kostenfolge entscheidend ist[23]).

II/1/b) Wir behandeln anschließend aus Zweckmäßigkeitsgründen noch 2 Gesetzsstellen.

§ 92 bringt keine Abweichung vom Grundsatz in § 91: „Wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt, sind die Kosten gegeneinander aufzuheben oder verhältnismäßig zu teilen." Es entscheidet also bei Teilunterliegen, genau wie in § 91, allein das Unrechtsprinzip, d. h. daß der die Kosten zum Teil trägt, der sich zum Teil im Unrecht befindet.

U. E. enthält auch § 97/I keinen neuen Grundsatz; hier ist der Grundgedanke des § 91 lediglich für die Rechtsmittelkosten dahin formuliert, daß der Partei die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels zur Last fallen, die es eingelegt hat.

II/1/c) Wie verwerten wir nun den Grundsatz in § 91: „Wer sich im Unrecht befindet, muß die Kosten tragen, für die Fälle der erledigten Hauptsache? (Weil §§ 92 und 97/I keine neuen Grundsätze enthalten, gilt für sie Entsprechendes).

Während nach Erlaß eines Urteils die Frage, „wer befindet sich im Unrecht", als durch Urteil bereits geprüft und festgestellt, überflüssig ist, muß dieses Unrecht für den Fall der Kostenentscheidung bei erledigter Hauptsache erst ermittelt werden. Mit Recht nimmt man[24]) als entscheidend den Zeitpunkt kurz vor Eintritt des Erledigungsgrundes für die Ermittlung des Unrechts an. Der Augenblick der letzten mündlichen Verhandlung kommt nicht in Betracht, weil z. B. das Erledigungsereignis bereits viel früher eingetreten sein kann, den Parteien aber bisher unbekannt geblieben ist. Eine befriedigende Entscheidung über die Kosten wäre deshalb nicht möglich, weil meist der Kläger belastet würde. Ebenso steht es mit dem Zeitpunkt der Abgabe der übereinstimmenden Erledigungserklärungen. Auch die Zeit der Klagerhebung dürfte nicht in

---

21) R.G. 57, 385.
22) a. a. O. S. 38.
23) vgl. Seuff-Walsmann I zu § 91: Das Gesetz geht von dem Grundsatze aus, daß das Unterliegen in der Hauptsache als Rechtsfolge die Verpflichtung nach sich ziehe, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
24) Für viele: Gürten S. 41.

Frage kommen; wird z. B. der Anspruch des Klägers erst im Laufe des Verfahren fällig und kommt der Beklagte auch jetzt noch nicht seinen Verpflichtungen nach, so müßte der Kläger bei Erledigung der Hauptsache, was offenbar unbillig wäre, die Kosten tragen. Der Augenblick muß vielmehr maßgebend sein, in dem der geltend gemachte Klaganspruch oder der Prozeßgegenstand unberührt von dem Erledigungsereignis dem Gericht zur Entscheidung vorlag.

Wir fragen also unter Verwendung des Grundsatzes in § 91: Wer war z. Zt. des Eintritts des Erledigungsgrundes im Unrecht und wäre unterlegen, gleich ob aus materiellen oder prozessualen Rechtsgründen, wenn der Richter eine Entscheidung hätte fällen müssen?

Wir stimmen daher mit den Vertretern der Unrechtstheorie, soweit sie deren Begründung aus § 91 herleiten, überein, wenn sie fragen: wer war ohne Änderung der Sach- oder Rechtslage im Unrecht und wäre bei richterlicher Entscheidung unterlegen?[25])

II/2/a) U. E. führt aber § 93 einen neuen und völlig anders gearteten Maßstab oder Grundsatz für gewisse Fälle der Kostenentscheidung mit folgendem Wortlaut ein: „Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt"; mit anderen Worten: Der Kläger muß, abgesehen von dem Falle, daß er eine unbegründete Klage erhoben hat, der Beklagte sich auch zur Wehr setzt, dann aber, als der geltendgemachte Anspruch begründet wird, sofort anerkennt, einen z. Zt. der Klagerhebung begründeten Anspruch im Klagwege verfolgen; der Beklagte darf dem Kläger keine Veranlassung zur Klagerhebung gegeben, d. h. kein Verhalten an den Tag gelegt haben, daß vernünftigerweise den Schluß auf Notwendigkeit eines Prozesses rechtfertigt[26]); der Beklagte muß sofort anerkennen[27]).

Daß § 93 tatsächlich Grundsatzbedeutung[28]) zukommt, lehrt uns der Vergleich mit § 91. Während § 91 auf das Unrecht und damit Unterliegen abstellt und Billigkeitserwägungen bei der Kostenfrage ausschaltet, also dem Prinzip der Einheitlichkeit von Entscheidung zur Sache und Entscheidung über die Kosten folgt, hat § 93 nichts mit der Beurteilung des Materiellen Rechtsverhältnisses oder auch der formellen Voraussetzungen für die Klage zu tun. Es muß für den Kläger bereits ein günstiges Urteil vorliegen. Ist das nicht der Fall, so trägt der Kläger ohne weiteres die Kosten. § 93 gibt unter Durchbrechung des Prinzips in § 91 Billigkeitserwägungen bezüglich der Kostenfolge dann Raum, wenn ein unnötiger Prozeß vom Kläger in Gang gesetzt worden ist. Es soll dann der Grundsatz der Veranlassung eines unnötigen Prozesses, der der Billigkeit oder wie man vielleicht auch im Gegensatz zum materiell-formellen Unrecht sagen kann, der Grundsatz des „Prozeßveranlassungsunrechts" gelten. Dazu kommt, daß § 93 lediglich Schutzmaßnahmen für den Beklagten gegen willkürliches Prozessieren des Klägers enthält, also einseitig gegenüber § 91 eingestellt ist.

---

25) vgl. z. B. R.G. 57, 385 u. a.
26) R.G. 118, 264.
27) so allgemein vgl Baumbach zu § 93.
28) Manherz a. a. O. S. 61, 62; 76, der ebenfalls in § 93 ff. ein anderes Prinzip als in § 91 sieht.

Allgemein[27]) wird denn auch anerkannt, daß § 93 eine Ausnahmevorschrift zu § 91 darstelle. Auch wir geben ohne weiteres den Ausnahmecharakter zu, betonen aber mit aller Schärfe, daß gerade deshalb dem § 93 ein dem § 91 entgegenstehender Grundsatz innewohnt, was durch nichts anderes besser bewiesen werden kann, als daß sich gegebenenfalls beide Bestimmungen gegenseitig ausschließen und nur die eine oder die andere angewendet werden kann. Es erscheint schon dem Wortlaut nach geradezu widersinnig, wenn Stein-Jonas I zu § 93 erklären: „der § 93 enthält eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 91, die sich aber mit seinem Grundgedanken deckt." Jedermann versteht unter einer Ausnahme etwas, was der allgemeinen Regel nicht entspricht, dem allgemeinen Grundsatz zuwiderläuft. Auch Stein-Jonas a. a. O. sind für die vorliegende Frage dieser Ansicht, die sie im unmittelbar folgenden Satz so wiedergeben: „Die Schlußfolgerung aus dem Unterliegen auf die Verursachung der Kosten trifft dann nicht zu, wenn der unterliegende Beklagte die Kosten weder vor noch im Prozeß durch sein Verhalten veranlaßt hat." Mit anderen Worten: § 93 enthält für gewisse Fälle einen von § 91 abweichenden Grundsatz; der Unrechtsgrundsatz wird gegebenenfalls durch den Veranlassungsgrundsatz durchbrochen.

Also gibt es ein zweites Prinzip unter den Kostenbestimmungen der Z.P.O., das wir für den Fall der erledigten Hauptsache zu beachten haben werden und wohl so umschreiben dürfen: Der Beklagte soll von Prozeßkosten frei bleiben, wenn der Kläger ihm ohne den geringsten Anlaß einen Prozeß aufnötigt und der Beklagte so schnell wie möglich das in seiner Macht liegende tut (Anerkenntnis, dazu bei fälligen Forderungen Erfüllen,) um den Kläger zufrieden zu stellen und damit die Voraussetzungen für die baldige Beendigung des Prozesses zu setzen, vgl. § 307 ZPO.

Ehe wir aber dazu übergehen, die Anwendbarkeit des in § 93 gefundenen selbständigen Grundsatzes auf die erledigte Hauptsache und die dazu ergehende Kostenentscheidung zu prüfen, wollen wir

1. in Kürze die übrigen allgemeinen Kostenvorschriften auf ihr Grundsätzlichkeit hin untersuchen;

2. die wohl herrschende Meinung, die die Unrechtstheorie unter analoger Anwendung des § 93 (Umkehrschluß) begründet, insoweit als logisch nicht haltbar und auch nach Berichtigung als überflüssig hinstellen.

II/2/b) „Offensichtlich" (Baumbach 1 zu § 94) liegt in § 94 eine Erweiterung und Ergänzung des § 93, sodaß hier die Anführung des gesetzlichen Wortlautes genügt: „Macht der Kläger einen auf ihn übergegangenen Anspruch geltend, ohne daß er vor der Erhebung der Klage dem Beklagten den Übergang mitgeteilt und auf Verlangen nachgewiesen hat, so fallen ihm die Prozeßkosten insoweit zur Last, als sie dadurch entstanden sind, daß der Beklagte durch die Unterlassung der Mitteilung oder des Nachweises veranlaßt worden ist, den Anspruch zu bestreiten."

§ 95 regelt die „Kostenstrafe für Versäumnis" (Baumbach § 95). Auch hier tritt der Gedanke zutage, daß die Partei die unnötig von ihr verursachten, bezw. verschuldeten prozessualen Mehrkosten trotz späteren Obsiegens zu tragen hat. Das gleiche gilt von § 96 (Kosten eines erfolglosen Angriffs oder Verteidigungsmittels) und von § 97/II (Vorbringen neuer Tatsachen in der Berufungsinstanz, das zum Siege der sie vorbringenden Partei führt).

In allen eben genannten Gesetzesstellen ist u. E. der Gedanke der Veranlassung unnötiger Prozeßkosten zu finden. Wir lassen es bei dieser Feststellung bewenden und ziehen im folgenden bei unseren Untersuchungen nur noch § 93 heran, weil an Hand dieser durchgeführten Anwendung des § 93 auf die Kostenentscheidung bei erledigter Hauptsache die Anwendung der übrigen Bestimmungen (§§ 94 ff.) dann einfach ist.

II/2/c) Man kann bei Verwendung des in § 93 enthaltenen Prinzips für die Fälle der Kostenentscheidung bei erledigter Hauptsache verschieden vorgehen. Es ist möglich, wie das die herrschende Meinung[29]), insbesondere aber Stein-Jonas III zu § 91, tut, § 93 vom Kläger aus, also umgekehrt zu betrachten — erklärlich durch die Absicht den Kläger vor nachteiligen Kostenfolgen zu schützen — oder wie das eigentlich selbstverständlich sein sollte und wie wir es tun werden, § 93 vom Beklagten aus, also dem Gesetz genau entsprechend, zu verwerten.

Stein-Jonas a. a. O. wollen, wie schon erwähnt, den § 93 im Umkehrschluß sinngemäß auf den Kläger anwenden, der sofort, nachdem seine bis dahin begründete Klage unbegründet geworden ist, seinen Anspruch auf die Kosten beschränkt. Die Erledigterklärung des Klägers soll das Bekenntnis enthalten, seine früher begründete Klage sei unbegründet geworden und das Gegenstück zum Anerkenntnis des Beklagten sein, der den unbegründeten Anspruch bestritten hat, ihn aber sofort anerkennt, nachdem er begründet oder rechtsschutzfähig geworden ist. Wie der Beklagte nach § 93 von Kosten frei bleibt, soll das in entsprechender Anwendung dieser Gesetzesstelle im vorliegenden umgekehrten Falle mit dem Kläger geschehen, unter der Voraussetzung, daß er sofort nach Eintritt des Erledigungsgrundes, den er nicht veranlaßt haben darf, die Erledigungserklärung abgibt. Dieser Umkehrschluß ist aber nicht haltbar.

Hat der Beklagte den unbegründeten Anspruch bestritten, der im Laufe des Rechtsstreits begründet wird, und erkennt der Beklagte sofort an, so hat er dem Kläger keine Veranlassung zur Klagerhebung gegeben, d. h. er hat damit kein Verhalten an den Tag gelegt, daß vernünftigerweise den Schluß auf Notwendigkeit eines Prozesses gerechtfertigt hätte; denn einen unbegründeten Anspruch darf man bestreiten. Wir können auch fragen: „hat sich der Beklagte vor Klagerhebung richtig verhalten?" (= gesetzlich-positiver Fall). Wir können aber auch anders als das Gesetz den Gedanken in § 93 formulieren: „Hat der Kläger dem Beklagten vor „Klagerhebung Anlaß zum rechtmäßigen Bestreiten gegeben?" oder: „hat sich der Kläger vor Klagerhebung unrichtig verhalten?" = (gesetzlich-negativer Fall).

In korrekter umgekehrter Anwendung des § 93 müssen wir das Gegenstück suchen, das dem Satz ‚hat sich der Beklagte richtig verhalten', entspricht. Das kann aber nur ein Verhalten des Klägers sein, denn er soll von Kosten frei bleiben, wie umgekehrt der Beklagte. Dieses Verhalten des Klägers muß, dem des Beklagten entsprechend, wie im gesetzlichen Fall berechtigt gewesen sein, mit anderen Worten: der Kläger muß an den Beklagten mit einem begründeten Anspruch vor Klagerhebung herangetreten und durch Erfüllungsverweigerung oder durch Bestreiten usw. zur Klagerhebung genötigt worden sein. Das heißt also, wir können fragen: „Hat sich der Kläger richtig verhalten?" = (umgekehrt-positiver Fall) Zur Erläuterung anders ausgedrückt: Der Beklagte muß dem Kläger Veranlassung zur Klagerhebung gegeben

29) z. B. Baumbach 2 zu § 91; Rosenberg § 79/III/4; Sydow-Busch 1 zu § 91 und die überwiegende Praxis.

haben, d. h. ein Verhalten gezeigt haben, daß den Kläger vernünftigerweise zu dem Schluß kommen ließ, der Beklagte werde seiner Verbindlichkeit ohne Prozeß nicht nachkommen; dafür können wir sagen: „Hat sich der Beklagte vor Klagerhebung unrichtig verhalten?" = (umgekehrt-negativer Fall). Ausschlaggebend kommt es also darauf an, daß der Beklagte durch ein Verhalten, z. B. Bestreiten des späteren Prozeßgegenstandes vor Klagerhebung, den Kläger zur Klage veranlaßt hat; das wird stets der Fall sein, wenn der geltendgemachte Anspruch des Klägers begründet oder rechtsschutzfähig war. Im gesetzlichen Fall kommt als weiteres Erfordernis für die Kostenfolgen das sofortige Anerkenntnis des Beklagten hinzu, dem unbestritten bei erledigter Hauptsache die Erledigungserklärung des Klägers entspricht. (vgl. Zabolitzky S. 45).

Stein-Jonas haben den Umkehrschluß zu § 93 nicht genau durchgeführt. Aus der schon erwähnten Einschränkung, daß der Umkehrschluß und seine Kostenfolgen dann nicht zutreffen könnten, wenn das Erledigungsereignis auf ein Verhalten des Klägers, also auf eine auf eigenem Entschluß beruhende Aufgabe seiner Rechtsposition, ähnlich dem Verzicht, zurückzuführen sei, muß entnommen werden, daß sie in der „Veranlassung des Erledigungsereignisses" (vom Kläger dann veranlaßt, wenn er durch eigenen Entschluß seine Rechtsposition durch Herbeiführen des Erledigungsgrundes aufgibt, vom Beklagten anscheinend dann (?) immer, wenn das Erledigungsereignis auf Grund eines vom Willen beider Parteien unabhängigen Ereignisses eintritt) das eigentliche Gegenstück der „Klagveranlassung" im gesetzlichen Fall sehen.

Das kann nicht richtig sein. Die Feststellung d i e s e s Gegenstückes (Analogons) zum entsprechenden im gesetzlichen Tatbestand ist logisch falsch und gleichzeitig damit auch die Feststellung des Zeitpunkts des Vorhandenseins dieses Gegenstückes. Daß das Anerkenntnis im gesetzlichen Falle der Erledigungserklärung im umgekehrten Falle entspricht, haben Stein-Jonas klar erkannt; nicht aber das Gegenstück zum gesetzlich-positiven Fall, dem richtigen Verhalten des Beklagten. Den umgekehrt-positiven Fall haben Stein-Jonas in der „Nichtveranlassung" des Erledigungsgrundes gesehen. Wie aber Zabolitzky S. 45, 46 u. E. mit Recht ausführt, gibt es im gesetzlichen Falle überhaupt kein tatbestandlich festgelegtes Analogon zum Erledigungsgrund im umgekehrten Falle, denn „die Erledigungstatsache bildet den Grund für die Erledigungserklärung des Klägers, d. h. seines Anerkenntnisses, daß die Klage unbegründet geworden sei. Dem würde im Falle des Anerkenntnisses des Beklagten (§ 93 Z.P.O.) die Tatsache entsprechen, die den Grund seines Anerkenntnisses bildet, also z. B., wenn der Kläger eine noch nicht fällige Forderung einklagt und der Beklagte bei Fälligkeit sofort anerkennt, die Tatsache des Eintritts der Fälligkeit."

Vor allem entscheidend für die sichere Feststellung des Analogons ist aber allein der Zeitpunkt seines Vorhandenseins. Darüber, wann dieses Analogon vorhanden gewesen sein muß, gibt der gesetzliche Fall (§ 93) eindeutigen Aufschluß: „Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten **z u r K l a g e r h e b u n g** Veranlassung gegeben." Im umgekehrten Fall muß also **e i n V e r h a l t e n v o r R e c h t s h ä n g i g k e i t, v o r K l a g e r h e b u n g** gegeben sein, um die Umkehrung richtig durchzuführen, niemals aber ein solches während des Prozesses. Die Folgen des § 93 können also nur dann eintreten, wenn tatsächlich der von uns sog. umgekehrt-negative Fall vorliegt, d. h. das richtige Verhalten des Klägers bezw. das unrichtige Verhalten des Beklagten vor Klagerhebung.

Man darf daher unter keinen Umständen den Zeitpunkt der „Nichtveranlassung", auf den es geradezu ausschlaggebend ankommt, in den Prozeß, d. h. in die Zeit nach Klagerhebung, verlegen.

Wir haben also gezeigt, wie der Umkehrschluß zu § 93 durchgeführt werden muß, um den Anforderungen der Logik standzuhalten.

Damit fällt von selbst die von der herrschenden Meinung, insbesondere von Stein-Jonas a. a. O. aufgestellte, von der Praxis übernommene, zu unbilligen und widersinnigen Kostenurteilen führende Einschränkung, der Kläger dürfe den Eintritt des Erledigungsereignisses nicht veranlaßt haben, als völlig willkürlich und mit einer korrekten Umkehr zu § 93 unvereinbar, fort.

Wir haben aber auch § 93 wieder zu seiner wahren, durch den unrichtigen Umkehrschluß ungerechtfertigt gesteigerten, Bedeutung — da er nur für bestimmte Fälle Geltung besitzt — verholfen und somit denen Einhalt geboten, die auf Grund von § 93 sämtliche Kostenentscheidungen bei erledigter Hauptsache treffen zu können glauben. Diese irrige Auffassung ist eben allein dadurch möglich, daß die „Nichtveranlassung" der Erledigungstatsache als Gegenstück zur „Nichtveranlassung" der Klagerhebung im gesetzlichen Falle behandelt und infolgedessen die Zeit von der Klagerhebung bis zum Erledigungsereignisse mit einbezogen wurde. Nur aus diesem Grunde konnte man auch zu der Überzeugung kommen, aus § 93 sei die Kostenentscheidung, bei erledigter Hauptsache zu entnehmen, da sein Grundprinzip mit dem des § 91 übereinstimme und die Frage, wer ohne Eintritt der Erledigungstatsache gesiegt hätte, nichts anderes als die Frage sei, ob der Kläger dem Beklagten Veranlassung zur Bekämpfung des Klaganspruches gegeben habe. (vgl. unten Zabolitzky).

Wir wollen der Vollständigkeit halber einen der Vertreter dieser aus § 93 begründeten Unrechtstheorie sprechen lassen. Zabolitzky S. 46 will als Analogon zu dem Tatbestandsmerkmal der „Nichtveranlassung" der Klagerhebung in § 93 die „Nichtveranlassung der Bekämpfung des Klaganspruches durch den Beklagten, des Tätigwerdens des Beklagten im Prozesse durch den Kläger" im umgekehrten Falle setzen. Das ist unzweifelhaft eine Berichtigung des falschen Umkehrschlusses nach Stein-Jonas, aber, wie wir aus Zabolitzky's unten angeführten Sätzen sehen werden, im Ergebnis die schon angedeutete übermäßige und ungerechtfertigte Ausdehnung und Verwertung des § 93 durch Umkehrschluß, ermöglicht dadurch, daß auch Zabolitzky die scharfe Grenze „vor" und „nach" Klagerhebung — vielleicht irregeführt durch den gesetzlichen Fall, daß der Kläger einen anfangs unbegründeten Anspruch einklagt, der Beklagte bestreitet, dann aber bei Eintritt der Begründetheit sofort anerkennt und infolgedessen von Kosten frei bleibt — völlig verwischt und bedeutungslos macht.

Zabolitzky formuliert Seite 49 so: „Im Fall der Erledigungserklärung trägt der Beklagte die Kosten, wenn der Kläger sofort bei Eintritt der Erledigungstatsache die Erledigung anerkennt, d. h. die Erledigungserklärung abgibt und dem Beklagten keine Veranlassung zur Bekämpfung des Klaganspruchs gegeben hat, was dann zutrifft, wenn seine Klage bis zum Eintritt der Erledigungstatsache zulässig und begründet war oder es wenigstens im Laufe des Rechtsstreits, aber vor Eintritt der Erledigungstatsache geworden (!) war. Es läßt sich dies auch in den ganz einfachen Satz, der ja auch heute schon grundsätzlich nach der herrschenden Ansicht zur Anwendung gelangt, kleiden, daß im Falle der Erledigungserklärung diejenige Partei die Kosten trägt, welche

ohne den Eintritt der Erledigungserklärung unterlegen wäre, vorausgesetzt, daß der Kläger die Erledigungserklärung sofort, d. h. alsbald nach Eintritt der Erledigungstatsache abgegeben hat. Denn die Frage, wer ohne Eintritt der Erledigungstatsache obgesiegt hätte, ist nichts anderes (!) als die Frage, ob der Kläger dem Beklagten Veranlassung zur Bekämpfung des Klaganspruches gegeben hat."

Diese Ansicht beruht allein auf der Verkennung der Tatsache, daß es für den Umkehrschluß ausschließlich auf das richtige Verhalten des Klägers (umgekehrt-positiver Fall) bezw. auf das unrichtige Verhalten des Beklagten (umgekehrt-negativer Fall) vor Klagerhebung ankommt. Der Satz, daß es zur Kostenpflicht des Beklagten genüge, wenn die Klage wenigstens im Laufe des Rechtsstreits, aber vor Eintritt der Erledigungstatsache begründet geworden sei, ist also nicht richtig; denn der Kläger darf dem Beklagten keinen Anlaß zur Bekämpfung des Klaganspruchs gegeben haben, davon geht auch Zabolitzky aus. Der Kläger hat aber dem Beklagten Anlaß zur Bekämpfung gegeben, wenn er z. B. einen z. Zt. der Klagerhebung unbegründeten Anspruch mit der Klage verfolgte und der Beklagte sich im Prozeß zur Wehr setzte, da das sein gutes Recht ist. Wenn jetzt der Anspruch begründet wird, und der Beklagte den Kläger nicht befriedigt und dann der Erledigungsgrund eintritt, worauf der Kläger für erledigt erklärt, so kann damit nicht die Tatsache aus der Welt geschafft werden, daß er dem Beklagten einmal, nämlich vor Anfang des Prozesses, Anlaß zur Bekämpfung gegeben hatte.

Der Umkehrschluß zu § 93 ist daher nur in der von uns durchgeführten Art logisch haltbar. Fraglich ist nun weiter, ob diesem von uns berichtigten Umkehrschluß überhaupt eine selbständige Bedeutung zukommen kann.

Rein theoretisch lassen sich die Fälle der erledigten Hauptsache mit seiner Hilfe regeln, in denen der Kläger einen begründeten Anspruch wegen Bestreitens, Erfüllungsverweigerung usw. durch den Beklagten vor Klagerhebung mit der Klage verfolgt und dieser Anspruch durch Änderung der Sach- oder Rechtslage nicht mehr begründet oder rechtsschutzfähig ist. Bei sofortiger Erledigungserklärung des Klägers muß dann der Beklagte die Kosten tragen. Zum gleichen Ergebnis kommt aber auch die Unrechtstheorie, begründet aus § 91; denn ohne das erledigende Ereignis wäre der Beklagte, weil im Unrecht, unterlegen und daher kostenpflichtig. Der richtig gestellte Umkehrschluß führt aber zu einem unbilligen Ergebnis, wenn der Kläger z. B. einen unbegründeten Anspruch einklagt, der im Laufe des Prozesses begründet wird, ohne daß der Beklagte anerkennt und einige Zeit später das Erledigungsereignis eintritt. Bei Anwendung des Umkehrschlusses, falls man ihn überhaupt in seiner berichtigten Form auf diesen Fall nach den Gesetzen der Logik anzuwenden berechtigt ist, was zu verneinen sein dürfte, müßte der Kläger, weil er das Bestreiten des Beklagten vor Klagerhebung veranlaßt hat, die Kosten tragen. Die Unrechtstheorie aus § 91 führt dagegen zum richtigen Ergebnis der Kostenpflicht des Beklagten.

U. E. ist aber auch dieser berichtigte Umkehrschluß für die Verwertung der Kostenentscheidung bei erledigter Hauptsache abzulehnen. Abgesehen davon, daß er nur auf eine ganz geringe Anzahl von Fällen angewendet werden könnte, was allein seiner Selbständigkeit nicht im Wege stehen würde, ist jedoch ausschlaggebend, daß sich die Fälle, in denen er Anwendung finden kann, zum mindest ebenso und juristisch einfacher ohne schwierige Konstruktion mit der Unchrestheorie aus § 91 lösen lassen. Auch

der Einwand, die aus § 91 begründete Unrechtstheorie gebe keine Auskunft darüber, wann oder bis zu welchen Zeitpunkt der Kläger die Erledigungserklärungen abgeben müsse, wohl aber der berichtigte Umkehrschluß, kann nicht durchgreifen. Denn darüber sind sich alle Vertreter der Unrechtstheorie einig: gibt der Kläger nicht alsbald nach Kenntnis des Erledigungsgrundes die Erledigungsklärung ab, so will er, das kann man mit Recht unterstellen, den unbegründeten Klagantrag aufrecht halten (ebenso K.G. J.W. 36, 1999; R.G. J.W. 36, 182; R.G. Recht 1935, Nr. 8887): Mit dem Tatbestandsmerkmal „sofort" in § 93 — „sofort bedeutet in der ersten mündlichen Verhandlung, in der der Anspruch begründet war, ohne vorheriges Bestreiten" (Baumbach 2 zu § 93— ist nicht viel, ja nichts weiter für die Fälle der Kostenentscheidung bei erledigter Hauptsache gewonnen, als was bereits die Unrechtstheorie aus § 91 als Erfordernis aufstellt. „Sofort" auf die Fälle der Erledigung der Hauptsache angewendet, müßte der Kläger also die Erledigungserklärung in der ersten mündlichen Verhandlung abgeben, nachdem er Kenntnis von der Erledigungstatsache erhalten hat; gibt er trotz Kenntnis die Erledigungserklärung nicht ab, so darf man unterstellen, daß er den unbegründeten Antrag aufrecht halten will. Das Ergebnis ist also hier wie dort das gleiche. (vgl. auch Scholtz J.W. 34, 2199, der freie Würdigung der Umstände für möglich hält, weil der Begriff „sofort" dehnbar sei).

II/2/d).

Bei dieser Verwendung des § 93 durch Umkehrschluß ist seine gewöhnliche analoge Anwendung völlig übersehen worden, weil man sich von dem Wunsch leiten ließ, den Kläger vor nachteiligen Kostenfolgen zu schützen und zu diesem Zwecke auch sein Verhalten (z. B. sofortige Erledigungserklärung) zu seinen Gunsten verwerten wollte.

Während aber der richtig gestellte Umkehrschluß überhaupt keine praktische Bedeutung und Selbständigkeit besitzt, kommt der einfachen analogen Anwendung des § 93 für eine gewisse Zahl von Fällen (ähnlich wie in dem gesetzlichen Falle) unbedingte Selbständigkeit zu und muß daher für die Verwertung bei der Entscheidung über die Kosten bei erledigter Hauptsache Beachtung finden.

Wir kennen bereits die Voraussetzungen, die zur Anwendung des § 93 Z.P.O. vorhanden sein müssen: der Beklagte darf nicht durch sein Verhalten zur Klagerhebung Verlassung gegeben haben und muß alles in seiner Macht liegende tun, um die Bedingung für die Beendigung des Prozesses — unter Umständen auch die Befriedigung des Klägers herbeiführen — zu setzen, d. h. der Beklagte muß sofort anerkennen. Dann hat der Kläger die Möglichkeit nach § 307 unter Kostenpflicht ein Urteil zu beantragen.

Diese Grundsätze lassen sich gut für die Kostenentscheidung bei erledigter Hauptsache verwerten: Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Klagerhebung Veranlassung gegeben, so muß er so schnell wie möglich, nachdem er im großen und ganzen vom Umfang und der Art des geltendgemachten Anspruches Kenntnis erlangt hat, die Voraussetzungen für die Beendigung des Rechtsstreits ohne Urteil über die Hauptsache herbeiführen, also den Kläger in die Lage versetzen, die Erledigungserklärung abzugeben oder auf seine, des Beklagten, Anregung hin, die Erledigungserklärung vor Gericht zu bestätigen. Das kann der Beklagte aber nur dadurch bewerkstelligen, daß er den Erledigungsgrund herbeiführt. Hierzu reicht es nicht aus, wenn der Be-

klagte im Termin anerkennt; das könnte wohl auf Antrag des Klägers zum Anerkenntnisurteil führen; aber niemals kann ein außerprozessuales oder prozessuales Anerkenntnis — selbst wenn man der herrschenden Meinung vgl. Stein-Jonas I zu § 306, I zu § 307; R.G. 139, 222 folgt, wonach das Anerkenntnis Doppelnatur haben soll und als sachlich-rechtliches Anerkenntnis eine neue Schuld begründet, da dann der Rechtsstreit in der Hauptsache noch nicht erledigt, vielmehr dazu **noch** ein außerprozessuales Ereignis, z. B. Erfüllung erforderlich wäre — einen Erledigungsgrund darstellen, wie er zur Erledigung der Hauptsache ohne Urteil als Voraussetzung der übereinstimmenden Erledigungserklärungen der Parteien notwendig ist. (a. A. Strauß S. 16.)

Dem Anerkenntnis im gesetzlichen Falle als Voraussetzung für die Beendigung des Rechtsstreits durch Urteil ist daher bei erledigter Hauptsache in der Regel die Herbeiführung des Erledigungsgrundes durch den Beklagten gleich zu achten. Dem Richter muß es überlassen bleiben, festzustellen, ob die Herbeiführung des Erledigungsgrundes durch den Beklagten den Umständen nach schnell genug geschehen ist. In der Regel wird der Beklagte durch die zugestellte Klageschrift genügend deutlich erfahren, um welchen Anspruch es sich nach Art und Umfang handelt. Dann wird er vor der mündlichen Verhandlung erfüllen müssen, will er die Kosten von sich abwälzen. Sollte sich aus der Klageschrift der geltend gemachte Anspruch aus irgendwelchen Gründen nicht klar erkennen lassen, so entscheiden die Umstände für die Rechtzeitigkeit (vgl. Scholtz J.W. 34, 2199). Es gelten hierbei die Grundsätze, wie sie für das sofortige Anerkenntnis in § 93 Anwendung zu finden haben. (vgl. Baumbach 2 zu § 93).

Wir fassen also zusammen, was zur analogen Anwendung des § 93 für die Kostenentscheidung bei erledigter Hauptsache notwendige Voraussetzung ist. 1. Der Beklagte darf nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben haben; 2. er muß den Erledigungsgrund durch eigenes Tun herbeiführen; 3. er muß diesen Erledigungsgrund den Umständen nach so rasch wie möglich herbeiführen.

Eine Ausnahme von 2. und 3. gilt nur dann, wenn es dem Beklagten infolge von ihm nicht zu vertretender Umstände, z. B. Kürze der Zeit zwischen Klagerhebung und Eintritt des Erledigungsereignisses, nach freiem richterlichen Ermessen nicht möglich war, den ihm obliegenden Erledigungsgrund herbeizuführen. Diese Ausnahme ist nicht etwa willkürlich gemacht, sondern ergibt sich für die analoge Anwendung des § 93 aus dem Begriff „sofort", der je nach den Umständen, wie Scholtz J.W. 34, 2199 mit Recht betont, dehnbar ist und frei gewürdigt werden muß.

Auf diese Weise läßt sich eine entsprechende Anwendung des § 93 für die Kostenentscheidung bei erledigter Hauptsache vertreten. Wenn diese Art der entsprechenden Verwendung des § 93 auch nicht so bestechend und glänzend aussieht, wie der oben als falsch erwiesene und richtig gestellte bedeutungslose Umkehrschluß, vertreten vor allem von Stein-Jonas a. a. O. und Zabolitzky a. a. O., so hat unsere Lehre doch den Anspruch auf völlige Selbständigkeit. Es lassen sich hiermit Fälle regeln, die von der Unrechtstheorie, begründet aus § 91, nicht billig und gerecht gelöst werden können. Hat z. B. der Kläger einen unbegründeten Anspruch erhoben, der im Lauf des Verfahrens begründet wird, und erfüllt der Beklagte dann sogleich, so müßte er nach der Unrechtstheorie, die nur fragt, wer ohne Erledigungsgrund unterlegen wäre, die Kosten tragen, falls der Kläger die Hauptsache für erledigt erklärt und der Beklagte zustimmt.

Unsere analoge Anwendung des § 93 läßt eine gerechte und dem Gesetz wesensgemäße Kostenentscheidung zu; der Kläger müßte daher die Kosten tragen. Vor allem aber ist dem Richter mit der analogen Anwendung von § 93 in gewissem Umfang die auf Gesetz beruhende Möglichkeit gegeben, Billigkeitsentscheidungen zu treffen.

II/3.

Wir haben bis jetzt noch mit keinem Worte zu der sog. Veranlassungstheorie Stellung genommen; das war bisher auch nicht nötig, vgl. § 6 a. A. Denn diese Theorie geht nicht von einer einzelnen Gesetzesstelle als dem Grundprinzip aller Kostenbestimmungen aus, wie das die Erfolgs- oder die Unrechtstheorie, ob aus § 91 oder § 93 begründet, tut, sondern sucht, ohne sich auf § 91 oder 93 allein zu stützen, auf der vermeintlichen Basis eines allen Kostenbestimmungen gemeinsamen Grundprinzips eine allgemeine Lehre, die der Veranlassung, aufzustellen.

Unsere Ausführungen haben aber gezeigt, daß von einem einheitlichen Grundgedanken, der allen Kostenvorschriften innewohnt, nicht die Rede sein kann. Wir fanden 2 große Grundsätze, den des Unrechts in § 91, auch in § 92, § 97/I Z.P.O. verkörpert, und den der Veranlassung unnötiger Prozesse in §§ 93, 94 sowie Anklänge in §§ 95, 96, 97/II Z.P.O.

Die anderen Theorien aber finden nur einen Grundsatz in den Kostenbestimmungen: Die Erfolgstheorie das einheitliche Grundprinzip des formellen tatsächlichen Erfolges in § 91, gültig für alle anderen Kostenbestimmungen (z. B. Mannherz, Gmelin); die Unrechtstheorie das Prinzip des Unrechts oder des Unterliegens in § 91 (z. B. Aretz, Pfizer) oder durch falschen Umkehrschluß in § 93 (z. B. Stein-Jonas, Zabolitzky); die Veranlassungstheorie den allen Kostenvorschriften zu Grunde liegenden Gedanken der Veranlassung (Kilber als Hauptvertreter).

Sie alle befolgen damit das Prinzip der „Einspurigkeit" bei der Entscheidung über die Kosten bei erledigter Hauptsache. Wir müssen sie daher als Theorien, in welcher Eigenschaft sie sich alle das Recht zuschreiben, für sämtliche Fälle der Kostenentscheidungen bei erledigter Hauptsache Gültigkeit und Recht zu haben, ablehnen, weil ihre Unzulänglichkeit insoweit durch das Vorhandensein von zwei großen Kostengrundsätzen erwiesen ist.

Wohl aber sind die einzelnen Erkenntnisse, die sie bei der Aufstellung ihrer Theorien gemacht haben, z. B. die der Unrechtstheorie, begründet aus § 91 Z.P.O. oder die der allgemeinen Veranlassungstheorie, im einzelnen zu verwerten.

III.

Die Theorie der analogen Anwendung der allgemeinen Kostenbestimmungen (§§ 91 ff.) auf die Kostenentscheidung bei erledigter Hauptsache oder auch Theorie der Vielspurigkeit genannt, ermöglicht es, jedem Fall weitgehend gerecht zu werden.

3 Leitsätze für die Praxis.

U. E. ist es der grundlegende Fehler dieser genannten Theorien, ohne eingehende Prüfung von einem allgemeinen Grundprinzip auszugehen und danach krampfhaft und

starr all Fälle der Kostenentscheidung bei erledigter Hauptsache regeln zu wollen. Daß bei solchem Vorgehen der Billigkeit und dem Gesetz nach §§ 91 ff. widersprechende Kostenurteile ergehen mußten und daß dadurch eine heillose Verwirrung in diese Frage der Entscheidung über die Kosten bei Erledigung der Hauptsache getragen wurde, ist einleuchtend.

Aus diesem Fehler haben wir unsere Schlüsse zu ziehen. Es soll uns darum nicht einfallen, etwa weil wir zwei Grundsätze entdeckt haben, eine sogenannte gemischte Theorie aufzustellen. Auch sie müßte, weil noch mehr im einzelnen spezialisierte Kostenbestimmungen, z. B. §§ 94, 95, 97, vorhanden sind, gegebenenfalls zu Unbilligkeiten führen.

Um auch insofern nicht der unbeschränkten entsprechenden Anwendung des Gesetzes den Weg zu verlegen, müssen wir, soweit das überhaupt logisch möglich ist, alle gesetzlichen Bestimmungen unserer Lehre zugrunde legen und dem Richter raten, vor Erlaß des Kostenurteils bei erledigter Hauptsache alle Vorschriften zu prüfen und dann nach der Bestimmung über die Kosten zu entscheiden, die auf den besonderen Fall am besten paßt, in der Regel wohl §§ 91, 93, 97 Z.P.O.

Dieses Prinzip der „Vielspuruigkeit" ist dem Richter geläufig und bekannt durch die Anwendung der Kostenbestimmungen bei vorhandenem Urteil in der Sache. Wie er in solchen Fällen den Blick stets aufs Ganze, das heißt die Kostenbestimmungen in §§ 91 ff. lenken und abwägen muß, ob eine die andere ausschließt, so muß er es auch bei erledigter Hauptsache tun. Hat das Gericht durch Urteil über Recht oder Unrecht entschieden, dann darf es stets dem die Kosten auferlegen, der unterlegen ist. Aber immer hat es, falls der Fall überhaupt dazu Veranlassung gibt, und das ist das Wichtige, zu fragen: hat der Beklagte zu diesem Prozeß Veranlassung gegeben und hat er sofort anerkannt (§ 93); hat der Kläger dem Beklagten mitgeteilt, daß er kraft Abtretung Gläubiger des Streitgegenstandes geworden sei (§ 94) usw.?

Unsere Lehre, die wir den anderen Ansichten hiermit entgegenstellen, können wir daher auch die Theorie der analogen Anwendung der allgemeinen Kostenbestimmungen (§§ 91 ff. Z.P.O.) auf die Kostenentscheidung bei erledigter Hauptsache oder auch die Theorie der Vielspurigkeit für die Kostenentscheidung bei erledigter Hauptsache nennen.

Zur Verwendung der §§ 91, 93 und 97/I wollen wir Leitsätze aufstellen.

a) Leitsatz zu § 91:

Derjenige trägt die Kosten, der im Unrecht war und ohne Eintritt des erledigenden Ereignisses unterlegen wäre, wenn der Richter zu jener Zeit ein Urteil hätte fällen müssen.

b) Leitsatz zu § 93:

Hat der Beklagte zur Klage keine Veranlassung gegeben und schafft er den Umständen nach so schnell wie möglich die Voraussetzungen für die Abgabe einer Erledigungserklärung des Klägers und damit für die Beendigung des Prozesses ohne Urteil — in der Regel durch Herbeiführen des Erledigungsgrundes —, so hat der Kläger die Kosten zu tragen. Das Gleiche gilt, wenn es dem Beklagten infolge von ihm nicht zu vertretender Umstände nach freiem richterlichem Ermessen offenbar unmöglich war, den ihm obliegenden Erledigungsgrund herbeizuführen.

c) Leitsatz zu § 97/I:

Derjenige trägt die Kosten, der mit seinem Rechtsmittel ohne Eintritt des erledigenden Ereignisses keinen Erfolg gehabt hätte, wenn das Gericht zu jener Zeit hätte entscheiden müssen.

§ 7.

Beispiele (vgl. dazu Strauß S. 15 ff.)

Wir verwerten unsere Lehre an Hand der von Lazarus a. a. O. § 6 zusammengestellten Erledigungsgründe, indem wir die Gruppen 4, 5 und 6 herausgreifen.

4. Erlöschen des Klaganspruchs durch für den Kläger zufällige Ereignisse
   a) durch Verhalten des Beklagten,
   b) durch ein von keiner Partei verursachtes Ereignis;
5. Erlöschen des Klaganspruchs durch freiwillige Handlungen des Klägers, die aber kein Verschulden darstellen.
6. Erlöschen des Klaganspruches durch ein Verschulden des Klägers.

Zu 4: In allen Fällen ist der Beklagte kostenpflichtig, wenn der Klaganspruch z. Zt. der Klagerhebung begründet war und der Beklagte seiner Verpflichtung vor oder nach Klagerhebung nicht nachkam. (Leitsatz a) Anders ist es aber dann, wenn z. B. der Klaganspruch des Klägers so bald nach Klagerhebung durch ein für den Beklagten zufälliges Ereignis zu Grunde gegangen ist, daß es ihm, der zur Klagerhebung keine Veranlassung gegeben hatte, wegen der Kürze der Zeit nicht möglich war, die ihm obliegende Erledigungstatsache herbeizuführen und die Prozeßbeendigung ohne Urteil über die Hauptsache einzuleiten. (Leitsatz b).

Zu 5 und 6: Hat der Beklagte zur Klagerhebung Veranlassung gegeben, so trägt er auch im Fall der Vernichtung des Klaganspruchs durch eine Handlung des Klägers die Kosten. (Leitsatz b)[1]). Nur dann muß etwas anderes in beiden Fällen gelten, wenn der Beklagte keine Veranlassung zur Klage gegeben hatte und es ihm z. B. wegen der Kürze der Zeit bis zu der Handlung des Klägers den Umständen nach offenbar unmöglich war, den ihm obliegenden Erledigungsgrund herbeizuführen. (Leitsatz b).

Zwei weitere Beispiele:

1. Der Kläger hat auf Leistung geklagt; während des Prozesses erklärt er den Rücktritt nach § 326 B.G.B. Der Beklagte muß die Kosten tragen. (Leitsatz a)[1]).

2. Der Kläger klagt mit Eigentumsanspruch auf Herausgabe einer Sache; er zerstört nach längerem Prozessieren bei Gelegenheit den Prozeßgegenstand. Der Beklagte muß die Kosten tragen (Leitsatz a)[2]); anders ist die Kostenentscheidung, wenn der Kläger dm Beklagten, der die Klage nicht veranlaßt hatte, gar nicht Zeit ließ, die Sache zurückzugeben. (Leitsatz b).

Unter Umständen kann man freilich in dem Verhalten des Klägers (Gruppen 5) und 6)) einen Verzicht nach § 306 sehen; dann muß der Kläger jedoch auf den Hauptanspruch und auf die Entscheidung über die Kosten verzichtet haben. Steht aber der Wille des Klägers fest und erklärt sich der Beklagte mit der Erledigungserklärung einverstanden, so dürfte kaum ein Verzicht angenommen werden.

---

1) a. A. z. B. Stein-Jonas III zu § 91; Strauß S. 17; wie hier Zabolitzky S. 51.
2) so auch Zabolitzky S. 51.

§ 8.

Die Kostenentscheidung bei erledigter Hauptsache in der Rechtsmittelinstanz.

I.

Wir machen uns die Kostenentscheidung bei erledigter Hauptsache in der Berufungsinstanz, in der als Tatsacheninstanz die Erledigungserklärung zulässig ist, am besten durch 2 Beispiele deutlich:

a) Der Kläger hat in erster Instanz gesiegt; der Beklagte hat gegen das Urteil Berufung eingelegt, dann jedoch den Kläger während des Verfahrens in der Rechtsmitteliſtanz befriedigt, worauf die Parteien übereinstimmend die Erledigung der Hauptsache erklären. Der Beklagte muß die Kosten tragen, wenn sein Rechtsmittel ohne Erledigungsereignis keinen Erfolg gehabt hätte. (Leitsatz c).

b) Der Kläger ist in erster Instanz unterlegen; er hat Berufung eingelegt und wird dann vom Beklagten befriedigt, worauf die Erledigterklärung erfolgt. Der Kläger muß die Kosten tragen, wenn sein Rechtsmittel ohne Erledigungsgrund keinen Erfolg gehabt hätte. (Leitsatz c)[3]).

II.

In der Revisionsinstanz besteht wegen der Natur des Rechtsmittels der Revision die Besonderheit, daß hier nur die Geltendmachung der Nichtanwendung oder der unrichtigen Anwendung gesetzlicher Vorschriften durch das untergeordnete Gericht möglich ist. Daher kann die Erledigterklärung in der Revisionsinstanz nur in besonderen Fällen in Betracht kommen[4]).

Nach § 561 Z.P.O. unterliegt der Beurteilung des Revisionsgerichts dasjenige Parteivorbringen, welches aus dem Tatbestand des Berufungsurteils oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist; es können daher Änderungen, die nach der letzten mündlichen Verhandlung in der unteren Instanz eingetreten sind, keine Berücksichtigung mehr finden; das Gleiche gilt von Rechtsänderungen, die nach Erlaß des angefochtenen Urteils eingetreten sind[5]). Infolgedessen ist die übereinstimmende Abgabe der Erledigungserklärung, wegen Änderung der Sach- oder Rechtslage nach dem erwähnten Zeitpunkt (letzte mündliche Verhandlung, bezw. Erlaß des Berufungsurteils) könne der bisherige Antrag nicht mehr aufrecht erhalten werden, grundsätzlich nicht mehr in der Revisionsinstanz zu beachten. Anders ist es lediglich mit den neuen Tatsachen, die das Revisionsgericht zu berücksichtigen hat, (vgl. R.G. 148, 401). Nach Rosenberg § 148/II/2 — Stein-Jonas II/3 zu § 561 sind das Tatsachen, 1. die Prozeßvorgänge in der Revisionsinstanz betreffen, 2. die zur Begründung eines Prozeßverstoßes oder eine bei dem Revisionsgericht erhobene Wiederaufnahmeklage dienen, 3. die Prozeßvoraussetzungen betreffen, deren Mangel das Urteil nichtig oder vernichtbar machen würde. Gesetzliche

---

3) über die Frage der Zulässigkeit der Berufung bei Erledigung der Hauptsache in 1. Instanz nach der letzten mündl. Verhandlung u. vor Einreichung d. Berufungsschrift vgl. Zabolitzky . 59 ff.

4) fälsch daher Gürten S. 67; Baerwald S. 46, die meinen, die Erledigungserkl. könne in der Rev.-Inst. überhaupt nicht in Betracht kommen.

5) Baumbach 2 zu § 549; Rosenberg § 146/III/4; Stein-Jonas III zu § 549.

Änderungen kommen nur dann in Frage, wenn sich z. B. das Gesetz rückwirkende Kraft beilegt oder öffentlichrechtliche Gründe die Anwendung bedingen[6]).

Treten solche vom Revisionsgericht zu beachtende Tatsachen nach der letzten mündlichen Verhandlung oder nach Erlaß des Berufungsurteils eine zu beachtende Gesetzesänderung ein, so ist die Erledigungserklärung der Hauptsache möglich, wenn der bisher zuläßige und begründete Antrag einer Partei infolgedessen unzuläßig oder unbegründet wird. Die Kostenpflicht ergibt sich aus Leitsatz c); vgl. auch I.

§ 9.

Schluß.

Wir sind im Grundsätzlichen neue Wege gegangen und haben versucht, die Kostenentscheidung bei erledigter Hauptsache an Hand des Gesetzes zu begründen.

U. E. ist eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der Kostenfolge bei Erledigung der Hauptsache durch Einfügung einer dahingehenden Bestimmung nicht unbedingt notwendig. Die Vorschläge für eine solche Regelung (vgl. z. B. Riedinger J.W. 33, 1750; Vins und Scholtz J.W. 33, 2198/99; Pilz S. 36 ff.) mögen daher für die kommende Z.P.O. zu verwerten sein. Bis dahin können wir mit den Grundgedanken der vorhandenen Kostenbestimmungen mit der Billigkeit in Einklang stehende Kostenentscheidungen bei erledigter Hauptsache treffen, (vgl. insbesondere Seitsatz b).

---

6) Baumbach 2 zu § 549.